

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

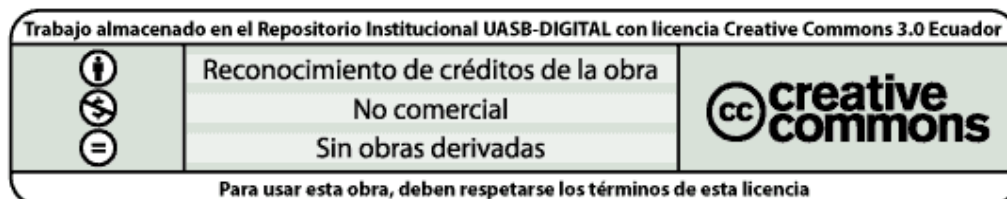
Mención en Derecho Constitucional

La cuestión de inconstitucionalidad en el Ecuador.

El debate frente a la Aplicación Directa de la Constitución

Johanna Melyna Romero Larco

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Johanna Melyna Romero Larco, autora de la tesis intitulada *La cuestión de inconstitucionalidad en el Ecuador. El debate frente a la Aplicación directa de la Constitución*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 4 de mayo de 2017

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Internacional en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR.

El debate frente a la Aplicación directa de la Constitución.

Autora: Johanna Romero Larco

Tutora: Angélica Porras Velasco, PhD.

Quito

2017

RESUMEN

La presente investigación aborda la aparente relación de tensión que existe entre la doble obligación constitucionales de los jueces entre la Consulta de Constitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad y el principio de Aplicación Directa de la Constitución.

La pregunta en torno a la cual ha girado esta investigación es ¿Cuál es la obligación de un juez cuando se encuentran en conocimiento de una causa en la cual le corresponde aplicar una norma que consideran contraria a la Constitución? Esta pregunta lleva de fondo dos mandatos constitucionales en aparente tensión, la aplicación directa de la Constitución (art. 426) y la consulta de constitucionalidad (Art. 428). La propuesta de esta investigación es mostrar una relación de complementariedad de ambos mandatos, en tanto la consulta supone un escenario de la aplicación directa de la Constitución.

Se desarrollaron tres ejes de estudio para indagar las principales dificultades que la consulta de constitucionalidad genera en la práctica judicial: la identificación del modelo de control constitucional vigente, las características de la Consulta de Constitucionalidad, y las implicancias del Principio de Aplicación Directa de la Constitución.

La investigación nos ha permitido identificar que las dificultades encontradas entre los jueces no solo tienen origen en la propia redacción de la Constitución y la ley, sino que esta además se ve reforzada por la escasa bibliografía que clarifique el tema, y de manera más preocupante, los “zigzagueantes” criterios desarrollados por la Corte Constitucionales en torno a la Consulta de Constitucionalidad, desde la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi.

Palabras clave.

Cuestión de Constitucionalidad; Consulta de constitucionalidad; control constitucional; Aplicación directa de la Constitución; inaplicación de normas, constitucionalismo y democracia.

Dedicatoria.

*A Angélica y Tomás,
por abrir mi mente y plantarme dudas.*

Agradecimientos

A mis padres y hermanas por estar siempre presentes aún en la distancia.

A Angélica, por el invaluable apoyo académico y humano.

Contenido

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 10 |
| El debate Democracia-Constitución..... | 15 |
| Metodología..... | 21 |
| Capítulo primero..... | 26 |
| El principio de aplicación directa de la Constitución | 26 |
| 1.1. Introducción..... | 26 |
| 1.2. <i>La Constitución como norma</i> , como presupuesto de la Aplicación Directa de la Constitución..... | 28 |
| 1.2.1. La “ <i>Constitución como norma</i> ”, en el constitucionalismo norteamericano..... | 29 |
| 1.3. La Aplicación directa en la Constitución del Ecuador..... | 34 |
| 1.4. Los escenarios del principio de aplicación directa de la Constitución . | 36 |
| Capítulo Segundo..... | 39 |
| La cuestión o consulta de constitucionalidad en el modelo de control constitucional ecuatoriano | 39 |
| 2.1. Introducción..... | 39 |
| 2.2. La aparición de la Cuestión de Constitucionalidad en el constitucionalismo Europeo..... | 39 |
| 2.3. La relativización de los binomios | 41 |
| 2.4. Características de la cuestión de inconstitucionalidad..... | 44 |
| 2.4.1. Concreción, prejudicialidad y carácter devolutivo..... | 46 |
| 2.5. La cuestión de constitucionalidad en el Ecuador..... | 48 |
| Capítulo Tercero | 63 |
| La consulta de constitucionalidad como primera evidencia de la convergencia de los sistemas clásicos..... | 63 |
| 3.1. Introducción | 63 |
| 3.2. Constitución y control en Estados Unidos. La apuesta en el juez. | 64 |

| | |
|--|-----|
| 3.3. Constitución y control en Europa. El legado de Kelsen. | 65 |
| 3.3.1. Kelsen contra a la “teoría de la comunidad del Pueblo” | 68 |
| 3.4. Democracia y Constitución en los modelos clásicos. | 69 |
| 3.5. El quiebre frontal del "Legislador Negativo" | 71 |
| 3.6. La centralidad del modelo americano en el proceso de convergencia.. | 73 |
| 3.7. Mixtura e hibridación de sistemas clásicos..... | 75 |
| Capítulo Cuarto..... | 78 |
| La consulta de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional | 78 |
| 4.1. Análisis jurisprudencial. Criterios y estadísticas | 78 |
| 4.2. Estadísticas previas | 80 |
| 4.3. En 2009, la consulta como mecanismo de control abstracto. | 81 |
| 4.4. En 2010, la consulta como mecanismo de control concentrado y difuso. | 83 |
| 4.5. En 2011 | 84 |
| 4.6. En 2012 | 88 |
| 4.7. En 2013, los tres “presupuestos” de admisibilidad. | 89 |
| 4.8. En 2014 | 94 |
| CONCLUSIONES | 96 |
| BIBLIOGRAFÍA | 100 |
| ANEXOS | 104 |
| Análisis estadístico de las encuestas..... | 104 |
| Primera sección. Información General..... | 105 |
| Ciudad. | 105 |
| Materia..... | 107 |
| Instancia..... | 108 |
| Sección Segunda. Indagatoria..... | 109 |
| Pregunta 2 – Pregunta 3. Los fundamentos..... | 110 |

| | |
|--|-----|
| Sección Tercera. Actuación del juez..... | 111 |
| Preguntas 4, 5 y 6. Inaplicación: Casos y fundamentos. | 113 |
| Pregunta 7 a 11. Consulta: casos, fundamentos y decisión de la Corte. | 115 |
| Preguntas 8 y 9. Normas y Argumentos..... | 116 |
| Preguntas 10 y 11. Decisión de la Corte y actuación ante el rechazo. | 117 |
| Sección Cuarta. Conocimientos | 118 |
| Conclusiones. | 119 |

Introducción

La adopción de una nueva Carta Política en el Ecuador, supuso entre otros, una modificación aparentemente sutil del modelo de control de constitucionalidad, pero particularmente conflictiva en el ámbito de la justicia ordinaria. La Constitución de 1998 reconocía un sistema de control mixto, en el cual, a más de determinar la existencia de una instancia suprema y especializada de control constitucional (Tribunal Constitucional) encargada del control abstracto, se reconocía a su vez la facultad de los jueces de ejercer un control difuso de constitucionalidad dentro de las causas que se encuentren en su conocimiento, siendo factible en tales condiciones *inaplicar* normas legales cuando a su criterio fueren contrarias a la Constitución¹.

Bajo esta posibilidad conferida a los órganos judiciales de ejercer control de constitucionalidad, el sistema en Ecuador con la Constitución de 1998, se expresaba como *difuso*, pero en tanto subsistía la facultad del Tribunal Constitucional de hacer control abstracto de constitucionalidad el sistema de control de constitucionalidad en el Ecuador era mixto.

Con la Constitución de 2008 se conserva una suerte de modelo mixto² con varios matices a los de la Constitución del 98. Por un lado se mantiene la facultad del máximo órgano de control de constitucionalidad (Corte Constitucional), pero por otro lado, a través del artículo 428³, la actuación de los jueces pasa, de una actuación inmediata o directa de control de constitucionalidad, a una actuación indirecta por cuanto, todo juez debe consultar a la Corte Constitucional la constitucionalidad de aquellas normas que consideren contrarias a la Constitución; en consecuencia el control difuso en manos de los jueces ordinarios se modifica por un nuevo modelo de control

¹**Art. 274.-** Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio. Constitución de 1998.

²La denominación de mixto sigue la sugerencia de Fernández Segado de elaborar una nueva tipología de los sistemas de control de constitucionalidad por los cambios que la convergencia de los sistemas ha suscitado en la actualidad.

³**Art. 428.** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

concreto de constitucionalidad que implica la obligación de estos de acudir en consulta a la Corte Constitucional.

En tales circunstancias, la anterior posibilidad de los jueces de inaplicar normas legales en ejercicio del control de constitucionalidad, se sustituye, por la denominada *Cuestión o Consulta de constitucionalidad*, -siguiendo el modelo español⁴-con la cual los jueces “extienden” el ejercicio del control de constitucionalidad a la Corte Constitucional a fin de que sea esta quien determine de manera concluyente la constitucionalidad de las normas cuestionada.

Hasta aquí el panorama pareciera claro. La dificultad surge sin embargo cuando encontramos además que la misma Constitución ecuatoriana de 2008 determina a través de un conjunto de principios, que las normas constitucionales deben ser aplicadas de forma preferente ante cualquier otra norma infraconstitucional cuando las mismas estén en conflicto, y a efecto de garantizar ello, dispone como obligación de todo funcionario público (juezas, jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos) el ejercicio de la *aplicación directa* de las normas constitucionales⁵. En plena concordancia con esto último, el principio de Supremacía de la Constitución postula, por un lado, la prevalencia de las normas constitucionales sobre las normas legales en casos de conflicto, y por otro, la obligación de sujeción y conformidad de todo acto de autoridad pública a los mandatos constitucionales, bajo prevención de que los mismos carezcan de eficacia cuando sean contrarios a la Carta Fundamental (artículo 424, 425,426).

La pregunta inmediata que resulta de lo anterior, es ¿cómo debe actuar un juez cuando considere que una norma es contraria a la Constitución, siendo que recae sobre él dos mandatos constitucionales? En un análisis muy general, se puede pensar que existe un aparente conflicto de normas, entre aquella que obliga al juez a acudir a la Corte Constitucional para que determine la constitucionalidad de una norma, y aquella que obliga al juez a aplicar directamente la Constitución.

⁴ Aunque igual modelo existe en Alemania, Italia, Chile, las particularidades del modelo español lo hacen el más allegado a la institución recogida en el Ecuador.

⁵ Sobre principios de aplicación directa de normas constitucionales, la Constitución ecuatoriana dispone, en el Artículo 11 numeral 3, que el ejercicio de los derechos se debe regir bajo aquel principio que determina que estos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Asimismo, el Artículo 425 parágrafo segundo, dispone que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía todos los operadores jurídicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, añadiendo el Artículo 426 la obligación de que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa de oficio o a petición de parte.

La hipótesis que se pretende sostener en la presente investigación, es que el Principio de aplicación directa de la Constitución se ejerce -en los operadores de justicia⁶- en 3 escenarios diferentes y de forma distinta, siendo uno de ellos el contenido en el artículo 428, esto es, la consulta de constitucionalidad. La cuestión de constitucionalidad se viene a constituir como una *regla*⁷ concreta, complementaria al *principio* de aplicación directa.

Este escenario, no implica la no existencia del principio de aplicación directa en la Consulta de Constitucionalidad, sino precisamente su opuesto, es decir, los jueces vía consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional hacen efectivo el principio de aplicación directa. Por lo que la aparente tensión entre el principio de aplicación directa (art. 426) y la Consulta de Constitucionalidad (art. 428) se desvanece.

En este orden de ideas, el objetivo de la presente investigación es analizar el principio de aplicación directa de la Constitución en relación a la consulta de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

Este proyecto de investigación adquiere relevancia, toda vez que de un primer acercamiento -mediante encuestas y entrevistas con varios jueces del país⁸, nos ha llamado la atención que: existe una fuerte división entre aquellos jueces que consideran que efectivamente es posible inaplicar normas legales, en virtud del principio de aplicación directa y supremacía constitucional; al mismo tiempo se observa que la otra facción de jueces en razón del mismo principio de supremacía constitucional consultan a la Corte Constitucional.⁹

En definitiva, mientras por un lado existe un sector entre los operadores de justicia para quienes las normas contrarias a la Constitución deben ser inaplicadas en

⁶ Se restringe a los jueces y juezas en tanto la problemática para los demás funcionarios públicos, por mandato del art. 11. 3 y 426, supone un análisis que escapa a la consulta de constitucionalidad, por lo que su debate es de mayor complejidad y análisis.

⁷ Se entiendo por *regla* un mandato determinado, que se agota en sí mismo en el cual subyace uno o varios principios, que en este caso es además del principio de Aplicación Directa el principio de legalidad (expresión del principio democrático).

⁸ Se realizaron 87 encuestas a jueces de las distintas materias, jurisdicciones e instancias efectuadas entre diciembre 2010 y julio de 2011.

⁹ Las encuestas revelan además problemas más específicos que no dejan de ser relevantes como por ejemplo casos en los cuales la Corte Constitucional ha establecido que la consulta planteada nos es procedente, casos en materia penal en donde existen personas privadas de la libertad y los jueces por el transcurso del tiempo prefieren no consultar, casos en los cuales no hay decisión de la Corte Constitucional y no pueden continuar el proceso por no contar con el expediente. Casos donde los jueces han inaplicado una norma y se pretende dar efectos *erga omnes* a la decisión. Casos en los cuales la Corte Constitucional niega la consulta cuando la misma ha sido remitida a petición de una de las partes. Entre otros que se analizarán en la investigación.

virtud del principio de aplicación directa de la Constitución, es decir una suerte de control difuso de constitucionalidad. Otro sector es del criterio que en aquellos casos en los cuales se enfrenta a normas contrarias a la Constitución su actuar debe ser plantear una consulta de Constitucionalidad a la Corte Constitucional a fin de que sea esta quien resuelva la cuestión.

Estas dos posturas se dividieron aún más cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la cual en un intento de “corregir” esa aparente contradicción, restringió el art. 428 de la Constitución, reduciendo el ejercicio de la consulta de constitucionalidad solo para los casos de “duda razonable y motivada”

Como se identificó en esta investigación, existen procederes contrapuestos en la práctica jurídica actual, pero que además obedecen a posiciones teóricas igualmente contrapuestas, y que tienen que ver con el rol del juez en el control de constitucionalidad. A saber, el debate “Democracia vs Constitución”. Es por ello que se hace indispensable un análisis de estas dos importantes instituciones jurídicas, la *Cuestión de constitucionalidad* y el *principio de aplicación directa de la Constitución*, desde este debate.

El análisis del control de constitucionalidad, particularmente del rol del juez en ello, y su eventual posibilidad de inaplicar normas legales, hizo indispensable también el estudio de los fundamentos teóricos del control judicial de constitucionalidad, lo cual significó abordar el contexto histórico-político de aparición¹⁰. En este sentido, como lo señala Roberto Gargarella, las críticas formuladas en torno al control judicial de las normas (objeción contra mayoritaria¹¹), cuestionan principalmente la facultad exclusiva de una élite carente de legitimidad democrática, para decidir sobre aquellos asuntos de interés colectivo prescindiendo del proceso legislativo¹². Tal cuestionamiento toma en consideración los orígenes mismos del control judicial, es decir, la forma cómo el control judicial norteamericano se instaló y bajo qué postulados.

¹⁰ Quizás el máximo exponente de una “necesidad” de un control judicial de constitucionalidad será Hamilton, en su histórica obra *El federalista*.

¹¹ Sobre los principales cuestionamientos dados desde la objeción contra mayoritaria al control judicial de constitucionalidad ver. Roberto Gargarella, *Críticas a la constitución*,.....

¹² Para Duncan Kennedy, esta facultad conferida a las fracciones jurídicas para decidir los resultados del conflicto ideológico por fuera del proceso legislativo, se produce además con apariencia de naturalidad, necesidad y justicia. Duncan Kennedy, *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Primera edición, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, p. 29.

Para Gargarella¹³, el control judicial surge con el propósito de poner un límite a las legislaturas, las mismas que, entre 1780-1790 tras la revolución habían logrado la democratización de las Asambleas legislativas; democratización que se tradujo no solo en el incremento del número de sus miembros sino además por el origen social que estos nuevos miembros representaban, en la constitución de un órgano conformado por hombres más humildes y menos instruidos. Una integración de esta naturaleza suponía para las élites políticas la necesidad de crear un mecanismo que restrinja esta nueva conformación legislativa. De tal forma que tal tarea no podía ser atribuida sino a los propios jueces, por la clase social a la cual representan, pues según lo hace notar Gargarella, eran la máxima representación del conservadurismo y los intereses de los grandes propietarios.

En cuanto a la metodología utilizada para el desarrollo de investigación, nos hemos acogido al pluralismo metodológico propuesto por Jorge Galván Gonzales¹⁴ para el análisis del derecho, es decir, se acudió tanto la norma, como su aplicación por parte de los jueces, por consiguiente resultó un acercamiento formal dogmático como sociológico.

En esta medida, nuestras fuentes de información han sido la ley, la Constitución, las sentencias, y las fuentes doctrinarias, para el desarrollo mismo de la tesis, y para la fase inicial una fase de encuestas que nos permitan identificar los puntos críticos del tema. Nuestras técnicas y herramientas fueron el análisis documental y hermenéutico, fichas, bases de datos, cuestionarios estandarizados, entrevistas, técnicas de análisis de datos como las estadísticas descriptivas y el análisis cualitativo de datos.

La presente investigación se encuentra dividida en dos partes, una primera teórica, que incluyen los tres primeros capítulos y una última de análisis jurisprudencial y estadístico, que incluyen el capítulo cuarto, y un anexo que incluye el análisis de las encuestas realizadas a los jueces al inicio de esta investigación. El primer capítulo parte por el planteamiento teórico en cuanto al principio de aplicación directa de la constitución, proponiendo en una sección un análisis en tres escenarios del mismo, uno de los cuales corresponde a la consulta de constitucionalidad. El segundo capítulo aborda la consulta de constitucionalidad desde sus orígenes en el constitucionalismo de

¹³Roberto Gargarella, "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial", Pensamiento Jurídico Contemporáneo 3, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2011.

¹⁴ Jorge Alberto González Galván, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*, primera reimpresión a la segunda edición, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

la segunda posguerra, y posteriormente una referencia específica al ordenamiento jurídico ecuatoriano. El tercer capítulo, se plantea a la consulta de constitucionalidad como una primera evidencia de la convergencia de los sistemas tradicionales, proponiendo precisamente la evaluación del instituto procesal ya no desde la clasificación binaria, sino con la posibilidad de una nueva tipificación que lo mira desde la aplicación de la ley. Finalmente el capítulo cuarto se propone hacer un recorrido sobre la jurisprudencia de la consulta de constitucionalidad en la Corte Constitucional, con el propósito de extraer los principales criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte, pero también hacer evidente el zigzageo que el órgano de control ha generado en sus criterios.

Se incorporó como Anexo, el análisis estadístico de las encuestas que sirvieron de un primer acercamiento a la problemática respecto de la consulta de constitucionalidad y el principio de aplicación directa de la Constitución, ello por cuanto consideramos importante exponer algunos hallazgos en este tema.

El debate Democracia-Constitución.

En este mismo orden de ideas, consideramos que cualquier investigación en materia de control de constitucionalidad, ya sea en la versión norteamericana de la *Judicial Review*, o en la versión europea-kelseniana del legislador negativo, no puede pasar por alto el debate respecto de la tensión Democracia y Constitución. Este que no consideramos sea un debate superado, ni mucho menos que pueda llegar a serlo, en tanto obedece a posturas teóricas para algunos irreconciliables,¹⁵ o imposibles de encontrar una “solución”,¹⁶ exigen de quienes lo tratemos una toma de postura a la hora de introducirlo.

La tensión “Democracia-Constitución” se hace evidente cuando reconocemos que cada concepto apela a principios contrapuestos. A saber, la democracia por principio, no reconoce límite ni autoridad alguna por sobre la del propio pueblo a partir de la idea de autogobierno. En tanto que la Constitución supone –a partir de la idea de

¹⁵ Al respecto ver, Chantal Mouffe, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar (trad.), (España, Gedisa, 2000).

¹⁶ Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo 1, (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009), 36.

derechos humanos por ejemplo- la declaración misma de límites infranqueables, resistibles incluso a una mayoría¹⁷.

Siendo esta investigación un abordaje a un mecanismo de control de constitucionalidad que –según veremos- se inaugura en un proceso con un juez ordinario, es inevitable cuando menos referirnos a este debate, más aún cuando el eje central de nuestro estudio es el rol mismo que cumple un juez cuando se encuentra frente a una norma que considera contraria a la Constitución. Su referencia por consiguiente no se limita a una exposición teórica del debate sino a una puesta en escena del mismo en el contexto de un debate más preciso como lo es la posibilidad de un juez de inaplicar una norma legal.

Lo que se pretende aquí es introducir un marco teórico que dé mayor claridad a la discusión y particularmente, nos provea de argumentos sólidos a la hora de una toma de postura respecto de nuestro tema de investigación.

Este debate entre la Democracia y la Constitución, tiene su origen en Norteamérica, a partir del planteamiento de Thomas Paine, sobre el problema que supone que el derecho de los muertos gobierne y esté por encima de los vivos. Su opositor, Edmund Burke, pretendiendo evitar la influencia de las ideas revolucionarias del autogobierno que provenían desde Francia hacia América, consideraba que las *tradiciones* (fundamento históricamente conservador) de la comunidad deben predominar a las ambiciones de las generaciones próximas.

Las ideas de Paine serán retomadas por Thomas Jefferson cuando sostenga la noción del autogobierno colectivo, en oposición a una Constitución permanente.¹⁸ Su contemporáneo, Madison, por el contrario, creía en el valor supremo de la Constitución, y cuestionaba la tesis del autogobierno colectivo, considerándola radical porque conducía a encender las pasiones populares, que además de ser irracionales, conllevan a conflictos y divisiones en la sociedad.¹⁹

El debate de fondo que se genera entre Jefferson y Madison planteó interrogantes como, ¿Por qué la comunidad debe sentirse sujeta-limitada a la Constitución?, ¿por qué las generaciones futuras deben verse limitadas por una

¹⁷ Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 23- 40.

¹⁸ Para Jefferson la Constitución debía ser más flexible de manera que cada 20 años, cada nueva generación pueda darse su propia Constitución.

¹⁹ Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 30-ss.

Constitución de la cual no formaron parte? Algunas respuestas se formularon apelando a la idea de una “situación peculiarmente democrática” en la que surge la Constitución, o en la idea del respaldo que con el tiempo las Constituciones van adquiriendo, lo que para Locke será un “consenso tácito”. De allí que admitir la primacía de la Constitución, sin haber renunciado de alguna forma al ideal democrático del autogobierno, no resultaría coherente.

A partir de esta dificultad, del lado del constitucionalismo se desarrolló un nuevo argumento que pretende mediar el debate. Acudiendo a la metáfora de *Ulises y las Sirenas*²⁰ los constitucionalistas, señala Gargarella, desarrollaron una idea de Constitución que aspira a proteger el autogobierno, en tanto darse una Constitución no implica "atar de manos" a la sociedad para quitarle libertad, sino potenciarla como comunidad, de tal forma que "una sociedad también puede expandir sus capacidades autoimponiéndose determinados límites",²¹ de manera que, el rol de la Constitución es poner límites "capacitadores" sobre el autogobierno. Sin embargo, según lo menciona Gargarella, la metáfora de Ulises, parte del reconocimiento de las tentaciones o errores en los cuales puede caer la comunidad, a lo que es necesario fijar ciertos límites irrenunciables.

Aunque resulte tentadora la tesis de la limitación como garantía de la libertad, el problema de la metáfora de Ulises está en que la misma no resulta plausible en una sociedad entendida como un colectivo de individuos, porque ni es posible que cada uno de ellos dicte –a la manera de Ulises– su propia Constitución, ni tampoco es posible que todos ellos se configuren como una unidad.

Sin necesidad que lo anterior nos conduzca a caer en un pesimismo, apelamos a la tesis deliberativa de Gargarella para defender la democracia en armonía con la Constitución. Según el autor, en la tensión entre democracia y constitucionalismo, es posible identificar un presupuesto común que nos permita ubicar un punto de diálogo. Se trata de la *igualdad*.

²⁰ La metáfora consiste en que Ulises como capitán de barco, pide a sus marines que lo aten al mástil de la embarcación de tal manera que el canto de las sirenas no le hagan desviar su embarcación. Ulises pretende que al ser atado, sus impulsos no lo condenen a perder el control de su navío y pueda conseguir el objetivo inicialmente propuesto. Así, la metáfora sostiene la idea que en ocasiones ganamos libertad cuando nos autolimitamos.

²¹ Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 30.

Tanto el constitucionalismo como la democracia, asumen que todas las personas poseen una misma dignidad moral, dado que son iguales en sus capacidades más básicas. Por el lado de la democracia, no se admite la existencia de personas situadas por encima de las demás (por sus conocimientos o mayor dignidad moral) y que decidan a nuestro nombre, puesto que cada individuo tiene igual derecho para intervenir en la resolución de los asuntos de interés de su comunidad. Por el lado del Constitucionalismo mientras tanto, se busca preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales, pero también preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás. La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y la democracia.²²

Ahora bien, ¿qué se entiende por *igualdad*? Igualdad supone asignar igual valor a cada persona, tratar a cada uno *como* un igual, es decir, que admitiendo las diferencias, cada individuo merece ser tratado con igual consideración y respeto. Sin duda, una concepción de tal naturaleza supone, como lo afirma Gargarella, una perspectiva filosófico política ubicada en el liberalismo igualitario, en el sentido que la vida de cada individuo depende únicamente de las elecciones que cada uno realice y no de las circunstancias que le tocaron, pues las mismas son arbitrarias, producto de un azar, lo que Rawls denomina como la “lotería natural”, y que ocasionan desigualdad. Sobre éstas últimas, el Estado debe evitar que se refuercen, es decir, que no se distribuya premios y castigos en razón de ellas, sino en razón de las elecciones que los propios individuos realizan una vez aseguradas las necesidades básicas. Se trata entonces que el Estado asuma -lo que Gargarella denomina- un “*ideal regulativo*”.

Pensar la democracia en términos de igualdad, no implica desconocer la posibilidad de que los individuos puedan “equivocar” sus juicios y razonamientos, o como lo menciona Gargarella, que exista una “racionalidad limitada” en los individuos.²³ De allí que, a partir de tal reconocimiento nadie debe decidir a nuestro nombre omitiendo la opinión de cada uno, pues es imprescindible escuchar a los otros

²²*Ibíd.*,32.

²³ Es preciso aclarar lo siguiente. No se está considerando aquí la *racionalidad* en un sentido utilitarista, esto es, de una relación costo-beneficio. Tampoco se entiende a la racionalidad como un valor universal. En este mismo sentido, la idea de “corrección, en el contexto al cual nos referimos, no supone una idea de verdad ética, de un realismo ético, que asume verdades morales cognoscibles, pues partiendo de un escepticismo moral, no admitimos la posibilidad de referirse a lo correcto o incorrecto –en el ámbito ético- como conceptos universales y absolutos, sino contruidos.

para “corregir” nuestros juicios mutuamente, es decir se trata de un proceso de mutua clarificación. Entre menos posibilitamos tal proceso, más altas son las posibilidades de decidir “mal”, es decir, a partir de prejuicios, errores o falta de información.²⁴

Una concepción de democracia como la mencionada, no supone para Gargarella, una idea *pluralista*, en el sentido de agregación de preferencias para poner en práctica la de mayor respaldo. La concepción de democracia que se defiende es del tipo *transformadora*, es decir una democracia que pretende una reflexión crítica del *statu quo* poniéndolo en tela de juicio, y lo que busca es la transformación de preferencias que parten de concepciones iniciales de cada sujeto a las cuales se las pone a examen crítico.

La idea liberal de igualdad que sostiene Gargarella en el sentido antes mencionado, parte del presupuesto según el cual "cada individuo es soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente", y del cual se desprende que cada persona es el mejor juez de sus propios intereses, dado el lugar privilegiado de cada uno para reconocer sus propios intereses.²⁵ Esta idea sin embargo no supone que nuestra decisión está siempre en lo cierto, o que la de los demás está equivocada, cuando a nuestros intereses se refiere.

De lo que se trata entonces, es que "los problemas colectivos deben ser discutidos colectivamente, si lo que se pretende es adoptar decisiones que traten a todos imparcialmente, esto es, según (...) decisiones que sepan balancear adecuadamente los intereses de todos".²⁶ Se rechaza así, la tesis según la cual la adopción de decisiones imparciales se garantiza en una reflexión individual, aislada de instruidos (como los jueces), es decir una posición *monológica* y elitista, a la cual se superpone una

²⁴ Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 36

²⁵ No coincidimos con el autor en este punto, y acudiendo a las críticas sostenidas desde el multiculturalismo (principalmente el de Michael Sandel), consideramos que no es posible admitir una concepción (cuya base kantiana supone que el “yo antecede a sus fines”) que conciba al individuo como capaz de cuestionar, desconocer y apartarse de las relaciones y metas de la comunidad a la cual pertenece, pues no es un sujeto libre de vínculos y compromisos, cuyas elecciones, de fines y objetivos dependan solamente de este, sino que sostienen un vínculo con los de la comunidad a la cual pertenece. Consideramos entonces que el individuo se define a partir del lugar o contexto en donde se halla ubicado, a través del reconocimiento de las relaciones y compromisos con los otros. Una suerte de *liberalismo situado*, que no establece jerarquías entre los intereses individuales sobre los sociales. Sobre el debate: Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, (Buenos Aires, Paidós, s/a); Michael Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, (España, Gedisa, 2000); Stephen Mulhall y Adam Swift, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, (Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1996.)

²⁶ Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, 38.

concepción colectivista que vincula la imparcialidad con los procesos de reflexión colectiva.²⁷

Hablamos entonces de una democracia inclusiva porque no excluye ningún punto de vista, sino que asegura la participación de cualquiera que sea potencialmente afectado con la decisión en juego. Por tanto mientras menos inclusivo es, menos imparcial será la decisión. Así, siguiendo la opinión de Gargarella, "una comunidad mejora las chances de adoptar una decisión imparcial en la medida en que escucha efectivamente a aquellas personas o grupos que pueden ser afectados por la decisión en juego"²⁸. Se trata entonces de una deliberación colectiva, entendida como un procedimiento de discusión sobre la base del principio por el cual nadie tiene el derecho de arrogarse el poder de tomar decisiones sobre los demás.

Con la identificación de la tensión democracia-Constitución, es posible poner en debate un asunto central del Derecho Constitucional como lo es el control de constitucionalidad. Es entonces en razón de aquello que colocamos como punto de partida de esta investigación esta tensión, para que a través de esta, logremos problematizar y evaluar los vaivenes del control de constitucional en el Ecuador.

²⁷*Ibíd.*

²⁸*Ibíd.*, 39.

Metodología

Luego de aproximadamente doce años²⁹ de funcionamiento del Tribunal Constitucional del Ecuador, bajo un sistema de control constitucional mixto, en donde el órgano de control tenía para sí el ejercicio exclusivo del control abstracto, y la justicia ordinaria del control concreto de constitucionalidad, la entrada en vigencia de una nueva Constitución generó un panorama distinto, pero sobretudo conflictivo.

Desde 1996 la ley de control constitucional, y en 1998 la Constitución, establecían con claridad los roles y los ámbitos de competencia que le correspondían a la justicia constitucional y la justicia ordinaria en materia de control constitucional, de suerte que los jueces tenían claro el alcance y límites de sus funciones.

Con la Constitución de Montecristi en 2008 el escenario cambió sustancialmente. En primer lugar, la identificación del modelo de control de constitucionalidad que empezaba a regir en Ecuador genera un primer debate entre los juristas, sin lograr un acuerdo uniforme al respecto. Una escasa normativa legal que desarrolle los contenidos constitucionales, pero además las contradicciones y confusiones inmersas en la normativa vigente, y la propia jurisprudencia son quizá las causas principales de lo anterior.

En segundo lugar, la Constitución de Montecristi incorporó un nuevo mecanismo de control que, distinto a lo que sucedía en 1998, vino a estrechar vínculos entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, y con ello una ingeniería constitucional distinta. A través de la consulta de constitucionalidad, el rol de los jueces ordinarios cambia rotundamente, pues, aunque siguen siendo actores del control de constitucionalidad, su participación cumple un rol distinto al de 1998 en donde la facultad de inaplicar normas legales -que consideraban- inconstitucionales, constaba expresamente en la Constitución.

Con la consulta de constitucionalidad, los jueces ordinarios son, en términos de Calamandrei, los “porteros” de la Corte o Tribunal, en tanto abren paso al control de constitucionalidad, otorgando a la Corte la competencia exclusiva para declarar la

²⁹ Desde la entrada en vigencia de la Ley de Control Constitucional, Registro Oficial N°99, de 2 de julio de 1997.

constitucionalidad de las normas legales.³⁰ A través de la consulta de constitucionalidad entonces, se planta un puente de diálogo entre los jueces ordinarios y constitucionales, pero se retira la facultad de inaplicar normas legales. Ha sido este particular lo que en opinión de muchos jueces ecuatorianos significó una “pérdida de poder”. Y será éste el punto quiebre y conflicto en el espacio judicial.

En este orden de ideas, se resolvió indagar el estado en que se encontraba funcionando la consulta de constitucionalidad en Ecuador tras la aprobación de la Constitución de 2008, principalmente en el ámbito de la justicia ordinaria. Es decir, antes que una indagación en el seno de la Corte Constitucional, el estudio partió por evaluar la percepción de la propia justicia ordinaria sobre su propio rol en materia de control constitucional.

Para proceder con lo anterior se llevó a cabo una primera etapa de encuestas a ochenta y ocho (88) funcionarios judiciales, con el propósito de conocer los principales puntos de conflicto que el nuevo modelo de control constitucional había generado en el país. Esta primera fase nos permitió abordar con detenimiento los puntos críticos que suscitaban la consulta de constitucionalidad. A lo anterior se sumaron entrevistas y una revisión de la bibliografía del tema, de manera que permita perfilar aún más el estudio del tema.

La fase de encuestas³¹ tomó como pregunta base ¿Cuál es la obligación de un juez cuando se encuentran en conocimiento de una causa en la cual les corresponde aplicar una norma que consideran contraria a la Constitución?, de donde se extrajeron 12 preguntas. Las encuestas se realizaron a ochenta y ocho (88) funcionarios judiciales en el marco de un ciclo de capacitaciones que el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, (CEDEC), a nivel nacional.³²

³⁰ Citado por Francisco Zúñiga Urbina, “Control concreto de constitucionalidad”, 219.

³¹ Debido al tiempo transcurrido entre el primer levantamiento de datos (2010) y la conclusión de esta investigación (2015), se llevó a cabo un segundo proceso de encuestas, cuyo propósito es netamente comparativo, como metodología de evaluación de los avances o retrocesos en los asuntos que, como veremos aquí, causaron mayor dificultades.

³² Las encuestas se realizaron no como parte de las Capacitaciones del CEDEC a la Función Judicial, sino como un proceso independiente, que aprovechaba la concentración de funcionarios judiciales en una reunión académica. A ese efecto, se realizaron 87 encuestas a jueces de distintas materias, jurisdicciones e instancias entre diciembre 2010 y julio de 2011.

El análisis estadístico de las encuestas puso en evidencia dos posturas entre los operadores de justicia respecto de la pregunta central. La de aquellos encuestados que consideran que ante una norma que consideren contraria a la Constitución, es posible inaplicar normas legales, en virtud del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución; frente a otra facción que, en razón del mismo principio de supremacía constitucional, consideraban que se debe consultar a la Corte Constitucional. A su vez, en este segundo grupo, se encontró una subdivisión de posturas que obedece a las condiciones para consultar a la Corte Constitucional; así la mitad de éstos, en línea con la LOGJCC, consideran que la consulta es procedente *solo* cuando se tiene *duda* razonable y motivada, en tanto que la otra mitad considera que la consulta procede cuando la norma se considera definitivamente contraria a la Constitución (*certeza*).

No obstante esto, ha llamado la atención las contradicciones inmersas en los encuestados, por lo que aunque se identificó en general dos posturas, se pudo encontrar además que los individuos trabajan aleatoriamente con ambas. De allí que, nuestro trabajo de investigación tiene como propósito analizar la consulta de constitucionalidad en el marco del principio de aplicación directa de la Constitución porque se ha entendido que es en ese aparente conflicto de dos obligaciones constitucionales dirigidas a los jueces en donde se produce la tensión.

Una segunda fase incluyó entrevistas a jueces y académicos universitarios, con el propósito de indagar con mayor detenimiento los elementos que habían generado mayor tensión en la primera fase. A saber, ¿cómo ejerce un juez ordinario el control de constitucionalidad?, ¿un juez ordinario puede inaplicar normas?, ¿cómo aplica directamente la Constitución un juez ordinario? ¿La Consulta procede solamente ante la duda razonable y motivada? Los resultados obtenidos en esta segunda etapa reiteraron lo que se encontró anteriormente en la fase de encuestas, posturas contrapuestas entre: la consulta se realiza siempre que se considere la norma contraria a la Constitución, o; la consulta se realiza solo cuando se tenga duda razonable y motivada.³³ Por su parte, las entrevistas permitieron identificar un elemento adicional que consideramos importante

³³ Se entrevistó a los Doctores César Ugalde Arellano, Juez Primero de lo Civil de Cuenca, Efrén Paredes Roldán, Tribunal Penal del Azuay, Simón Valdivieso Vintimilla, Juez de Garantías Penales, y Martha ManceroSaá, jueza de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, Dr. Julio César Trujillo y Dr. Ramiro Ávila Santamaría, Catedráticos de la Universidad Andina Simón Bolívar. Las entrevistas a los jueces, a pesar de haber procurado un diálogo más específico, constató la misma situación que en las encuestas, por lo que no nos referiremos a ellos para evitar redundancia.

mencionar puesto que permitió una comprensión más perfilada del debate que suscita la cuestión de constitucionalidad y el principio de aplicación directa de la Constitución: la *certeza* como contrapuesto a la duda razonable y motivada

Finalmente se encontró que en la bibliografía desarrollada entre 2010 y 2012³⁴ sobre la Consulta de Constitucionalidad en Ecuador, existe una escasa atención al tema, pero además, un análisis en algunos casos muy superficiales, y en otros, un poco más detallados, pero todos ellos con conclusiones disímiles.³⁵ De allí que hemos considerado que la falta de profundización al tema, ha sido uno de los factores que ha conducido a posturas tan contrapuestas, pero más grave aún, ha generado que en las instancias de la actividad judicial, se constata poca claridad del rol de la justicia ordinaria en el ámbito del control constitucional.

Este primer acercamiento empírico a la cuestión de constitucionalidad nos ha permitido identificar los puntos que requieren mayor atención en nuestro abordaje teórico. Como hemos señalado se encontró que la mayor dificultad para un juez está a la hora que se encuentra con una norma que considera contraria a la Constitución. Esta dificultad conforme lo indican las encuestas y entrevistas, provienen desde una doble obligación de los operadores de justicia en la Constitución; por una parte el mandato de aplicar directamente la Constitución, y por otro el de plantear consultas a la Corte Constitucional ante supuestos de normas contrarias a la Constitución. Esto que desde la labor judicial es vista como una contradicción en la Constitución o una tensión, es ahora planteada como una relación de complementariedad.

Ubicado el punto de debate sobre la cuestión de constitucionalidad se formuló una exposición de tres escenarios en los cuales se manifiesta la aplicación directa de la Constitución, siendo uno de ellos la consulta de constitucionalidad ante los casos en los que un juez considere una norma contraria a la Constitución. A partir de ello es posible

³⁴ El mismo período en el cual se llevó a cabo la primera ronda de encuestas y entrevistas a los operadores de justicia.

³⁵ En función de la mayor o menor atención al tema se identificaron los siguientes trabajos: Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional: A propósito de un caso de actividad judicial, La declaración patrimonial*, (Quito, s/d, 2009). Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito, Corte Constitucional para el período de Transición, 2012). En 2012 se publicó un trabajo personal sobre el tema, Johanna Romero, “La Consulta de Constitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Constitucional, Tomo 2*, Juan Montaña y Angélica Porras, ed. (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011). En 2013, Pamela Aguirre Castro, “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordoñez, coord. (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013). Aunque esta última, no pertenece al período en que se llevaron a cabo las encuestas, su revisión merece ser referida.

estudiar el origen mismo del instituto de la consulta de constitucionalidad a fin de explicar sus distintas características, y con ello analizarla en el ordenamiento ecuatoriano.

Capítulo primero

El principio de aplicación directa de la Constitución

1.1.Introducción.

El jurista y filósofo del derecho de la Escuela de Génova, RiccardoGuastini, considera que el Principio de aplicación directa de la Constitución, junto al principio de interpretación conforme, y de fuerza normativa de la Constitución, son principios que se encuentran íntimamente relacionados. Sobre el principio de aplicación directa señala que su comprensión dependerá de la concepción de Constitución que se tenga. Si se concibe a la Constitución, como la norma que solo regula las relaciones entre Estados, en exclusión de los particulares, entonces la aplicación directa de la Constitución no sería plena pues se dirigiría únicamente al legislador a la hora de desarrollar las leyes³⁶. Y si por el contrario, en una visión más reciente, se entiende a la Constitución como la norma que regula además las relaciones entre particulares y de estos frente al Estado, entonces la Constitución debe ser entendida como directamente aplicable. Ahora bien, esto último, dirá Guastini, será “siempre y cuando la Constitución no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, bien porque existen lagunas, bien porque la ley sostiene una solución injusta.”³⁷

En opinión coincidente a la de Guastini en la doctrina jurídica ecuatoriana el constitucionalista ecuatoriano, Julio César Trujillo señala que el principio de aplicación directa de la Constitución es una consecuencia de concebir a la Constitución como norma jurídica, es decir por reconocer a esta valor jurídico. A partir de esto, señala Trujillo, la aplicación directa de la Constitución supone que de la Constitución derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, pero además que no es necesario que

³⁶ Lo que Kelsen llamaría una relación inmediata, en oposición a la mediata. Ver Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.

³⁷RiccardoGuastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano.”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, (Madrid, Trotta, 2003). Si bien coincidimos fuertemente con el autor, es preciso mencionar de manera general que la referencia del autor a una ley *injusta*, debe ser entendido en el no cognitivismo ético o escepticismo ético al cual la propia Escuela Genovesa adhiere, por lo que no se puede errar en pensar que tal mención de *injusto* pueda dar lugar a referencia pueda suponer una postura naturalista del autor, aún en su versión más racionalista como la sostenida por Robert Alexy.

medie una norma legal para que su contenido cobre vida³⁸. Para Trujillo entonces, la aplicación directa implica que la norma Constitucional debe ser tomada en cuenta por toda autoridad para motivar sus decisiones, es decir para sustentar constitucionalmente sus decisiones³⁹.

En un criterio muy cercano, Claudia Storini señala que el principio de aplicación directa no es un mandato sólo para el legislador sino además dirigido a los jueces, por lo que este último debe tomar en cuenta los contenidos constitucionales como premisa de sus decisiones. Así entonces la Constitución es a más de fuente de producción, una fuente de derecho. La aplicación directa de la Constitución, dirá Storini, “significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la constitución aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y además, que el juez hará valer la Constitución, junto a la ley para interpretar a esta última o para complementarla”.⁴⁰

Es necesario destacar que los autores conciben al principio de aplicación directa de la Constitución como un criterio de interpretación, de la ley en primer lugar, y de la propia Constitución por sí misma cuando no existe norma legal⁴¹ (vacío) pero que además no es exclusiva del legislador sino extensible al juez a la hora de administrar justicia. Esta distinción entre la obligación del legislador por un lado, y del juez con posterioridad frente a la Constitución, responde igualmente a las distintas concepciones que de la Constitución se ha tenido en el tiempo, que nuevamente, no ha sido uniforme pero que además obedece a los contextos políticos de donde surgieron.

Como se puede observar, la doctrina es coincidente en señalar que hablar de Aplicación Directa de la Constitución tiene que ver con un presupuesto más amplio, cual es la noción de Constitución como norma. Es a partir de ello, que se deriva la idea de fuerza normativa de la Constitución, y de ésta el Principio de Aplicación directa de la Constitución. No obstante, el rastreo no es tan lineal como parece hasta aquí

³⁸ Julio César Trujillo, *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013), 90.

³⁹ Postura que resulta coherente con lo expresado en la entrevista que se le realizó.

⁴⁰ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales” en, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, y otros (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009), 296.

⁴¹ En una conferencia que dictó el jurista italiano Luigi Ferrajoli en la Universidad Andina Simón Bolívar en 2011, el jurista italiano refirió que el principio de aplicación directa es ante todo un principio de interpretación que además tiene una forma distinta de funcionamiento según cada mecanismo de control constitucional, así en el caso italiano, tal principio por ejemplo en materia penal conduce a una interpretación restrictiva de la ley. Conferencia dictada el 28 de junio de 2011, disponible en http://original.livestream.com/uasb/video?clipId=pla_e333032d-d445-4ee0-9ce9-dd1da015bf6f

mencionado, es decir, no se trata de una secuencia uniforme y automática de conceptos, pues como lo veremos a continuación, la concepción de Constitución no solo ha variado en el tiempo sino también en su normatividad.

Es entonces que a partir de la noción de Constitución que se haya fecundado en un tiempo y lugar determinado, es posible comprender los distintos principios y mecanismos formulados a su alrededor (control constitucional, función del juez, límites al legislador, lugar de los derechos, etc.). La noción de Constitución no tiene un único punto de partida, ni mucho menos un mismo punto de llegada; de igual forma, las ideas en torno a ella no tienen una sola corriente de pensamiento que influya, y, aunque hoy parecieran confluir en una sola concepción (la de Constitución como norma superior), sus distintas vertientes no pueden ser pasadas por alto, es decir, no puede olvidarse los fundamentos desde dónde cada noción fue configurándose. Así, aunque existiese una idea consolidada de Constitución, los cimientos desde donde fue articulándose en el tiempo siguen latentes, lo cual –consideramos- explicaría las distintas formas de querer “asegurar su cumplimiento”.

1.2. La Constitución como norma, como presupuesto de la Aplicación Directa de la Constitución.

La Constitución como hoy en día la conocemos, como una *norma* que –en términos generales- establece la organización de un Estado, las atribuciones del poder, y los límites a este a través de un pliego de derechos, no ha sido siempre la misma. Esta es una idea que empieza a formularse en América en el siglo XVIII con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, unido a todo el proceso de independencia, en tanto que en Europa el proceso se instala, de forma más o menos estable, a partir de la Revolución Francesa con la Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano de 1789, pero desde una concepción diferente, como pacto político que permite el gobierno⁴².

Desde entonces, las Constituciones son pensadas y formuladas a partir de un *deber ser* del Estado, en tanto posee deberes y límites del poder, y que estuvo precedida de una noción de Constitución como un *ser* del Estado, de meras descripciones, lo que Ferreyra determina como “La fuerza normativa de lo fáctico”⁴³. A partir del siglo

⁴²Sobre el tema ver Raúl Gustavo Ferreyra, *Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos* (Cuenca, Universidad de Cuenca, 2013) y *Fundamentos Constitucionales*, (Buenos Aires, Ediar, 2013)

⁴³ Raúl Gustavo Ferreyra, *Fundamentos Constitucionales*, 189.

XVIII, la Constitución no es más una simple norma que define en un instrumento codificado la estructura política superior de un Estado sino que ahora lo hará “...desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido”⁴⁴ a partir de los derechos fundamentales y la soberanía popular.

Esta idea emergente va a surcar caminos distintos en Europa y América.

1.2.1. La “Constitución como norma”, en el constitucionalismo norteamericano.

El Constitucionalismo Norteamericano sostuvo desde su nacimiento una Constitución fundada en la idea lockeana de los derechos del hombre como derechos naturales. Este fundamento iusnaturalista sostiene la idea según la cual los hombres tienen por naturaleza, y sin importar la voluntad de otro u otros, un listado de derechos fundamentales (vida, libertad, seguridad, felicidad, propiedad) que el Estado debe respetar y garantizarlos ante cualquier intervención de parte de otros.

Es en función de aquellos derechos que se constituye toda forma de comunidad social, pero además, según Locke “lo que inicia y realmente constituye una sociedad política, no es otra cosa que el consentimiento”⁴⁵ de los individuos, de forma que un Estado Absolutista contradice el presupuesto lockeano del consentimiento como fundamento de un Estado, dado que lo anula en su apelación a la autoridad divina.

John Locke sin duda el pensador más influyente en las ideas de Madison y Hamilton, consideraba además, que “existían” ciertas “verdades primarias autoevidentes” que las mayorías no pueden conocerlos por los prejuicios y las pasiones que las (nos) invaden, de allí que se requiera un grupo de ilustrados libres de esos males, para dárnoslos a conocer. A partir de tales ideas, *El Federalista*, sin duda una de las obras más representativas del originario Constitucionalismo Norteamericano, acogió la doctrina de Locke para engendrar una idea de Constitución como norma, a la cual los más ilustrados deben protegerla.

Hamilton, en lo que interesa aquí destacar, propondrá la idea de una Constitución como norma, desde la cual se desprende la obligación de los jueces a tener una vinculación más fuerte con la Constitución que la debida a la ley con la consecuencia de reconocer a éstos la facultad de inaplicar leyes del Congreso por

⁴⁴Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica, y el Tribunal Constitucional*, (Madrid, Civitas, 1982), 50.

⁴⁵ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (Buenos Aires, Aguilar, 1955), 113-114.

contrariar la Constitución. Es decir, el juez está vinculado a la Constitución antes que a la ley, de manera que esta última solo será aplicada en tanto sea conforme a la Constitución. Este sin duda será la idea germinal de la *judicial review*, que no será formulado con tal claridad, sino hasta 1803 con *Marbury vs Madison*.

A partir de tal formulación, en Norteamérica se configura una técnica jurídica según la cual, es el juez el llamado a controlar o hasta anular los actos del Parlamento.

Ahora bien, poner el cuidado de la Constitución en el órgano judicial tampoco debe ser pensado como simple una casualidad. El trabajo de Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*,⁴⁶ da cuenta de la fuerte desconfianza que las élites propietarias tenían a las Asambleas Populares, las que, en cierta medida al ser elegidas popularmente –al menos en los iniciales estados independientes de lo que hoy es Estados Unidos–, tendieron a apoyar demandas populares en contra de los intereses de las élites. Gargarella pone en evidencia cómo el control judicial surge con el propósito de poner un límite a las legislaturas, las mismas que, entre 1780-1790 tras la revolución había logrado la democratización de las Asambleas legislativas; democratización que se tradujo no solo en el incremento del número de sus miembros sino además por el origen social que estos nuevos miembros representaban, en la constitución de un órgano conformado por hombres más humildes y menos instruidos. Una integración de esta naturaleza suponía para las élites políticas la necesidad de crear un mecanismo que restringiera esta nueva conformación legislativa. De tal forma que esta tarea no podía ser atribuida sino a los propios jueces, por la clase social a la cual éstos representan, pues según lo hace notar Gargarella, eran la máxima representación del conservadurismo y los intereses de los grandes propietarios.

Del constitucionalismo norteamericano surge entonces, la tesis según la cual, el rol del juez supone acatar ante todo la Constitución, y luego, *solo si* se respeta la norma suprema, entonces aplicar la ley, de lo contrario corresponde *inaplicarla*.

1.2.1. La “Constitución como norma” en el Constitucionalismo Europeo.

La doctrina de la Soberanía Parlamentaria predominante en Europa, niega esto que en Norteamérica tomó gran impulso, incluso antes de *Marbury vs Madison*. En Europa, la facultad que un poder constituido límite el Parlamento no era admisible. De

⁴⁶ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), capítulo 1.

manera que, según García de Enterría, la idea de la Constitución como norma que ostenta fuerza vinculante hace que la soberanía parlamentaria desaparezca automáticamente, “...puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho.”⁴⁷

El Constitucionalismo Europeo aunque tuvo inicios semejantes al norteamericano en el auge de la Revolución Francesa con la influencias del derecho natural racional y la doctrina contractualista, –en términos de García de Enterría- se debilitó. No siempre sostuvo aquella idea de Constitución como norma.

La Restauración Monárquica y el Principio Monárquico, van a significar un quiebre de fuerte impacto en la concepción de la Constitución sostenida desde la Revolución Francesa, manteniendo de ésta, solamente su forma, dejándola en una especie de código. Es la etapa de primacía del Principio Monárquico, de la soberanía del Rey como poder pre o incluso supra-constitucional, de donde proviene la organización del Estado, y la concesión de ciertos derechos.⁴⁸ Para García de Enterría este proceso es el que hará que en Europa durante la mayor parte del siglo XIX se pierda la noción de Constitución como norma, con un “contenido determinado”, y por lo tanto posible de invocación ante los Tribunales, pasando a prevalecer, incluso en las propias teorizaciones sobre la Constitución, la idea de una norma que solamente dota de unidad al ordenamiento.⁴⁹

García de Enterría lo expresa así:

La Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural del hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta concepción encuentra quizá su mejor expresión en el concepto

⁴⁷ García de Enterría, *La Constitución como norma*, 53.

⁴⁸ Este quiebre para García de Enterría es el que proviene desde la derecha; ubicando a Lassalle como el otro polo del debilitamiento de la noción de la Constitución en tanto es una “mera hoja de papel” que representa las relaciones fácticas del poder normalmente silenciadas en el texto legal. Sobre esto revisar García de Enterría, *La Constitución como norma*, 42; Fernando Lassalle, *Qué es una Constitución*, (Madrid, Cenit, 1931).

⁴⁹ Según García de Enterría este proceso llegará (culminará) hasta Kelsen

de Carl Schmitt: el Estado no tiene Constitución, es Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente.⁵⁰

Con la caída de los regímenes totalitarios sin embargo, se volvió al Constitucionalismo de fines del XVIII y XIX, es decir a la idea del gobierno del pueblo, del pacto entre el Rey y el Reino, que ahora se refuerza en la idea del límite del poder a partir de zonas exentas de poder pero además reservadas a la autonomía de los individuos (libertad y derechos fundamentales). En tales condiciones, la idea de Constitución no es ni un instrumento jurídico formal de simple unidad del ordenamiento jurídico, ni mucho menos de concesión absoluta de poder sin límite alguno. Dice García de Enterría "...ha de expresarse, precisamente, el principio de autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder (...) ninguno de los dos (...) son accesorios, sino esenciales."⁵¹

La limitación al poder es así, principio esencial del constitucionalismo, pero una limitación cuyo fundamento es la libertad individual (Locke), como contrapuesto a toda forma de sometimiento de un individuo a otro que le es semejante, sin negarle su propia esencia humana. Por tanto, todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetar a los hombres, esencialmente limitado. De allí que al constituirse el poder, este se auto limite,⁵² como en la idea rousseauiana de un "contrato social", en la cual en última instancia cada individuo termina obedeciendo a sí mismo.

Según Bobbio, el contractualismo rousseauiano supone que una República, en la que el poder soberano una vez constituido por la voluntad de todos, es infalible y no tiene necesidad de proporcionar garantías a los súbditos, se explica porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros.⁵³ No obstante Rousseau no desconoce límites al poder del Estado, pero tampoco estos límites son anteriores al Estado, estarán en la ley.

De igual forma como la teoría lockeana de los derechos del hombre tiene sustento en la libertad del individuo como derecho natural; igualmente la teoría del contrato social o contractualismo –a decir de Bobbio– sostiene una concepción

⁵⁰ García de Enterría, *La Constitución como norma*, 43. Consideramos que la referencia a Schmitt es quizá la postura más extrema en esta corriente, no equiparable por ejemplo a la de Kelsen como pareciera inferirse del autor.

⁵¹ *Ibíd.*, 45.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracias*, (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996), 11

individualista de la sociedad, esto es, la concepción de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza, y luego la sociedad, y no al contrario como sostendría el organicismo en sus diversas formas, de acuerdo con la cual la sociedad es primero que los individuos, el todo antes que las partes.⁵⁴

Con las variaciones en la noción de Constitución que se desarrolla en el Constitucionalismo europeo desde el siglo XX, se puede decir que se produce una suerte de “acuerdo” sobre la noción de Constitución. Referirse a la Constitución será común entenderla como una norma de origen popular que organiza y limita el poder estatal, a partir de ciertas libertades y derechos fundamentales, que se dirigen tanto al Estado cuando a los ciudadanos. Esto significará el paso de un *gobierno de hombres*, al *gobierno de las leyes*, de donde la Constitución es la primera de ellas.

Pero, ¿por qué la Constitución es la norma primera? En primer lugar, porque determina el sistema de fuentes, es decir establece la validez de todo el ordenamiento jurídico, y luego, porque configura un orden fundacional, que según García de Enterría, tiene pretensión de permanencia, que las demás normas del ordenamiento no la ostentan⁵⁵. Esto, no se agota en una superioridad formal, en el sentido de la Constitución como una norma de validez, sino además de superioridad material, en el entendido de una norma que contiene un cuadro de valores (libertades y derechos fundamentales) y limitaciones al poder que son superiores. Con ello, la idea que se va forjando entonces, es la de un derecho superior a todo derecho positivo, y por lo tanto oponible a este último, lo que da cuenta de una raíz iusnaturalista fuerte.

La ruta del constitucionalismo europeo es entonces distinta a la que llevó el constitucionalismo americano. En Europa la prevalencia del Principio Monárquico, como fuente de la Constitución, es determinante en su concepción de simple código de organización estatal. Así, la vinculación de los tribunales con la Constitución no era sino en un sentido estrictamente formal, pues carecía de todo contenido material, o en su defecto los mismos eran declaraciones muy abstractas de principios que hacían

⁵⁴ Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*, 16.

⁵⁵ No cabe duda que esta afirmación de García de Enterría merece ser repensada en el contexto del constitucionalismo latinoamericano, y de manera aún más profunda en el constitucionalismo ecuatoriano, en donde la promulgación de veinte constituciones desde 1830 a la actualidad, dan cuenta de que esta idea de permanencia no es tal.

necesaria tu positivización para lograr operatividad. El juez en tal condición requería de una ley que le indicara qué hacer.

Es posible concluir entonces, que el principio de aplicación directa de la Constitución guarda íntima relación con la noción de Constitución que se sostenga. En esa medida, el recorrido histórico que hemos registrado previamente nos permitirá encuadrar no sólo en dónde se encuentra el modelo de control de constitucionalidad ecuatoriano, sino además cuáles son las implicancias de tal condición.

1.3. La Aplicación directa en la Constitución del Ecuador

El Título IX de la Constitución concerniente a la Supremacía de la misma, incorpora un capítulo que menciona los principios sobre los cuales se asienta tal supremacía. Tales principios son: *i)* la Constitución es norma suprema, y como tal prevalece por sobre cualquier otra norma o acto jurídico (art. 424); *ii)* toda autoridad pública está sujeta a la Constitución, y debe *aplicar directamente las normas constitucionales* aun cuando las partes no las invoquen (art. 426); *iii)* la interpretación de la norma constitucional será integral, y en caso de duda se hará en el sentido más favorable a los derechos y a voluntad del constituyente; *iv)* Cuando un juez considere que una norma es contraria a la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta a la Corte Constitucional para que resuelva sobre su constitucionalidad (art. 428).

A partir de estos principios, es posible mencionar que toda jueza o juez está sujeto a la Constitución, y como tal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales debe aplicar directamente la Constitución, acudiendo a una interpretación integral de la misma que favorezca los derechos y la voluntad del constituyente. Cuando un juez considere que una norma es contraria a la Constitución, consultará a la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad a fin de que sea ésta la que resuelva y declare sobre tal constitucionalidad. Hay una suerte de condicionamiento entre la norma del artículo 426 y 428. Si bien todo juez debe aplicar directamente la Constitución, cuando considere una norma legal como contraria a ésta, entonces elevará una consulta a la Corte Constitucional para que sea ésta quien lo resuelva.

Acudiendo a lo mencionado al inicio de este capítulo, podemos concluir que desde los contenidos constitucionales, el constituyente estableció a la Constitución del

Ecuador como una norma con fuerza normativa, y como tal con eficacia directa. Hay una obligación dirigida no solo al legislador de adoptar los contenidos constitucionales, sino también al juez a la hora de ejercer sus funciones. Sin embargo, cuando se trata de establecer qué debe hacerse cuando una norma legal contradice la Constitución es preciso adentrarse en el modelo de control constitucional que cada ordenamiento sostiene, es decir, no se puede establecer una regla específica (actuación de jueces ante normas contrarias) a partir de un principio general (aplicación directa de la Constitución) sin hacer una interpretación integral de todo el texto constitucional.

Una vez que hemos señalado que el principio de aplicación directa de la Constitución guarda conexión con la noción de Constitución que cada ordenamiento jurídico sostenga, y que para el caso ecuatoriano, a partir del artículo 424 de la Constitución se reconoce a la misma como una *norma suprema con eficacia directa* (art. 426), se concluyó que la Constitución no solo ha establecido que toda autoridad pública está sometida a la Constitución sino además que debe aplicarla directamente.

Lo anterior no agota sin embargo el análisis sobre la aplicación directa de la Constitución pues resta por resolver ¿cómo es que se lleva a cabo tal principio? es decir, ¿cómo se hace efectivo este principio en la práctica diaria de las funciones públicas? Cabe mencionar que nuestro análisis se circunscribe solamente a la obligación de los jueces de aplicar directamente la Constitución, pues consideramos que éste merece un análisis diferenciado y detenido respecto de las demás autoridades públicas.

El planteamiento de esta pregunta nos ha permitido formular tres escenarios en los cuales –consideramos– se presenta la aplicación directa de la Constitución, siendo uno de éstos en el que se concentra el problema en torno a la cuestión de constitucionalidad, contenida en el art. 428 de la Constitución, como aquel supuesto en el cual el juez se encuentra ante una norma contraria a la Constitución.

Una vez resuelto esto, y a partir de este último escenario, es que podremos abordar y evaluar ¿cuál es el sistema de control de constitucionalidad que se encuentra vigente en el Ecuador? Pues, solo a partir de ello nos será posible responder la pregunta sobre ¿cómo aplican directamente la Constitución los jueces, cuando se encuentran frente a una norma que consideran contraria a la Constitución.

1.4. Los escenarios del principio de aplicación directa de la Constitución

El trayecto recorrido hasta acá, nos permite sugerir lo siguiente. Dado que el principio de aplicación directa de la Constitución es vinculante a una idea de la Constitución como norma, invocable ante cualquier autoridad, principalmente judicial, su puesta en práctica se presenta de manera distinta en tres “escenarios” posibles.

Un primer escenario es aquel en el que existe una norma legal que desarrolla los contenidos constitucionales, en tal caso, la aplicación directa de la Constitución tiene lugar por la propia aplicación de la norma legal vigente. Decimos entonces que hay aplicación directa de la Constitución, cuando hay aplicación de la propia ley.

Un segundo escenario es aquel en el que no existiendo normativa secundaria (vacío legal) que desarrolle los contenidos de un derecho constitucional, se debe aplicar directamente las disposiciones constitucionales. En este escenario, la aplicación directa toma partida de manera inmediata, y, aunque se constate un vacío legal, existe un mandato constitucional que, sin bien refiere directrices generales, no deja de formular un “contenido o núcleo esencial” respecto del cual el juez está obligado a dar cumplimiento vía interpretación en los casos concretos a través de la derivación de una regla específica de la directriz general. Por consiguiente, en este segundo supuesto, las formulaciones elaboradas en la Constitución en torno a la aplicación directa de la Constitución, se llevan a cabo en un sentido estricto (arts. 11, numeral 3, y 426).⁵⁶

Un último escenario se presenta en el supuesto en el que un juez se encuentra ante una norma contraria a la Constitución. Ante tal situación, no consideramos que no existe aplicación directa, sino que se ejecuta una suerte de *paso intermedio*, que es el de la consulta de constitucionalidad, por parte del propio juez. Este juez *a quo* delega la decisión del asunto a un órgano especializado, que para el caso ecuatoriano es la Corte Constitucional, quien será la encargada de hacer efectivo, no solo la aplicación directa de la Constitución, sino la propia supremacía constitucional al determinar si una norma es o no inconstitucional ante la respectiva consulta.⁵⁷

⁵⁶ La aplicación directa en este segundo escenario, sin embargo, no supone un mero enunciado al texto constitucional, sino una elaboración interpretativa de la disposición constitucional. Es importante también precisar que en este escenario nos referimos de manera sustancial a las disposiciones constitucionales que sobre derechos (constitucionales o fundamentales) se refiera.

⁵⁷ En este punto es preciso dejar cuando menos señalado lo siguiente. La Disposición derogatoria General que contiene la Constitución, establece: “*Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a*

En este último escenario de aplicación directa, por consiguiente, se formula una regla de excepcionalidad dirigida a los órganos jurisdiccionales. El contenido de la regla es que, ante una eventual norma legal que se presume contraria a la Constitución, el juez no está facultado para resolver tal asunto, sino un órgano superior y constitucionalmente autorizado, la Corte Constitucional. En este escenario, la aplicación directa de la Constitución se constituye como una regla de concreción de competencia en torno a quién deberá, vía el principio de aplicación directa de la Constitución, resolver la constitucionalidad de una norma.

esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.” (Énfasis añadido.) Sobre este asunto corresponde hacer algunas puntualizaciones. La disposición indica “normas contrarias a la Constitución”. En primer lugar, se refiere a *normas*. En sentido estricto tal expresión implica las interpretaciones efectuadas por un operador jurídico autorizado para ello, sobre una disposición legal, para dar como resultado una norma. A su vez indica que la norma debe ser contraria a la Constitución, lo cual como hemos de suponer implica un examen de constitucionalidad, en donde se coteja la norma con la Constitución. Estos dos elementos, interpretación y examen de constitucionalidad, si bien pueden ser llevados a cabo por cualquier autoridad, la decisión última y como tal obligatoria, es decir, la determinación específica que la norma es contraria a la Constitución solo le puede corresponder a la máxima autoridad, que para nuestro caso es la Corte Constitucional. Suponer que la decisión sobre si la norma es o no contraria a la Constitución está en manos de cada uno de los operadores judiciales, significaría que tales, lo pueden hacer solo para casos concretos, lo cual como suponemos lógico, no es el objetivo de la disposición derogatoria, pues la misma pretende eliminar, los textos legales que contravengan la Constitución. Este asunto si bien implica un análisis mucho más extenso y que no es materia de esta tesis, podría ser de alguna manera planteado además con respecto a la inseguridad jurídica que una posibilidad como estas genera, en tanto entendemos que eliminar toda norma contraria a la Constitución (a veces códigos enteros) por la consideración de un juez, generaría vacíos jurídicos aún más preocupantes, cuando es dable que este mismo juez elabore interpretaciones conforme que disuelvan la posible contradicción. Precisamente la doctrina ha señalado que la constitucionalización del ordenamiento jurídico supone la “interpretación conforme” de las normas vigentes. Ver Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”. Neoconstitucionalismo(s). Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

El propio Kelsen al tratar el asunto sobre el control de leyes preconstitucionales señala lo siguiente. “*Si se trata de una ley anterior a la Constitución y en contradicción con ella, ésta la deroga en virtud del principio de la lex posterior; parece pues superfluo, e incluso, lógicamente imposible anularla. Ello significa que los tribunales y las autoridades administrativas deberán —salvo limitación de este poder por el Derecho positivo— verificar la existencia de una contradicción entre la Constitución y la ley anterior y decidir de conformidad a los resultados de este examen. La situación, en particular la de las autoridades administrativas, difiere enteramente en este punto a la que le es habitual en relación con las leyes. (...) Si la Constitución dispone, por ejemplo, que no puede darse ningún privilegio sobre la base del sexo, y se interpreta esta disposición como válida únicamente para las leyes posteriores, pero no para las leyes anteriores o para las leyes “recibidas” por la Constitución, y si se debe admitir que la Constitución deroga inmediatamente a las leyes anteriores, sin necesidad de leyes especiales de revisión, la cuestión de la incompatibilidad de estas leyes antiguas con la Constitución puede ser jurídicamente muy difícil de resolver y, políticamente, muy importante. Puede parecer malo abandonar la decisión de estos problemas a las múltiples autoridades encargadas de la aplicación de las leyes, cuyas opiniones sobre el particular serían, posiblemente, muy vacilantes. Vale pues preguntarse si no cabría retirar a estas autoridades el examen de la compatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores que la Constitución no ha abrogado expresamente, y confiarlo al Tribunal Constitucional central, lo que equivaldría a retirarle a la Constitución nueva la fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores que ella no ha anulado expresamente, sustituyéndola por el poder de anulación del Tribunal Constitucional.*” Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución” 3.

Este último escenario refiere al supuesto en que una norma es contraria a la Constitución, con lo cual nos encontramos en materia de control de constitucionalidad. A partir de aquí, es posible abordarla problemática en torno al sistema de control vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Su relevancia radica en que a través de ello es posible comprender cómo un juez concilia la disposición del art. 428, (consulta de constitucionalidad) con la del art. 426 (obligación de aplicar directamente la Constitución). En este orden de ideas, nos planteamos estudiar la consulta o cuestión de constitucionalidad y con ello el modelo de control de constitucionalidad vigente.

Capítulo Segundo

La cuestión o consulta de constitucionalidad en el modelo de control constitucional ecuatoriano

2.1. Introducción.

El presente capítulo lleva de fondo una pregunta a resolver. ¿Qué es la cuestión de constitucionalidad?, su planteamiento supone el estudio de un instituto procesal propio del constitucionalismo de la segunda posguerra y cuyo análisis no se circunscribe a la normativa constitucional y legal vigente, sino que parte desde una contextualización del mismo, es decir, desde las condiciones de su aparición en el constitucionalismo moderno.

Una vez visto esto, se analizará cómo está configurada la consulta de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; no obstante su análisis no se reduce a una simple transcripción de las normas sino a un análisis crítico respecto de los aciertos y debilidades de la normativa. Como se mencionó líneas atrás, parte de las dificultades que se han presentado en la práctica judicial respecto de la cuestión de constitucionalidad, responden a que la normativa es confusa y hasta cierto punto contradictoria.

2.2. La aparición de la Cuestión de Constitucionalidad en el constitucionalismo Europeo.

La cuestión o consulta de constitucionalidad, no es un instituto procesal que se origina en uno de los modelos clásicos de control de constitucionalidad, sino que, tal como lo veremos a continuación, surge durante el constitucionalismo de la segunda postguerra, en el marco de las nuevas atribuciones conferidas a los órganos de control, que tras el cambio en la noción de Constitución se ven obligados a incorporar nuevos mecanismos que hagan efectivos los derechos incorporados en las Cartas Políticas.

La aparición entonces de este mecanismo no sólo que responde a cambios teóricos sino particularmente políticos, pero que a su vez, va a traer como consecuencia una convergencia de los modelos clásicos y la relativización de los binomios.

Como se señaló anteriormente, el constitucionalismo norteamericano que desarrolló una noción de Constitución que exige tenerla presente en toda relación jurídica “junto a la ley o incluso frente a ella”,⁵⁸ construyó el *judicial review* norteamericano que coloca al juez como principal defensor de la Constitución, incluso ante uno con legitimidad democrática. En el constitucionalismo europeo que se inaugura con las Constituciones de Weimar (1919) y Austria (1920), por el otro lado, con una noción de Constitución que imparte mandatos formales al legislador y establece las facultades a los demás poderes, actúa como criterio para enjuiciar formalmente las leyes, y desde tal formulación se desarrolla la idea del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”.

A partir de la segunda postguerra y con la experiencia de los regímenes totalitarios, la inclusión de Derechos Fundamentales en las Constituciones modernas europeas se torna cada vez más frecuente, y con ello una modificación en la noción misma de Constitución, que pasa de establecer simples condiciones formales a la ley, a exigir contenidos materiales a las mismas y a la autoridad. Este viraje que el constitucionalismo europeo hace en la Segunda Posguerra hacia una nueva concepción más cercana a la idea norteamericana de Constitución con *fuerza normativa* por sus contenidos materiales, hace también que los estados ideen mecanismos procesales que concilien esta nueva concepción, con las instituciones ya establecidas en los países europeos, es decir con los Tribunales Constitucionales.

La Cuestión de Constitucionalidad se expresa como uno de estos nuevos mecanismos que, como veremos más adelante, no solo supone una nueva concepción de la Constitución y el control de constitucionalidad, sino además un hecho mayor como la convergencia de los modelos tradicionales de control al ir relativizando los binomios tradicionales (concreto/abstracto) (difuso/concentrado). Su incorporación provoca el diálogo entre el órgano de control especializado y la justicia ordinaria en tanto faculta a este último instalar un planteamiento de constitucionalidad de una *norma* que precisa

⁵⁸ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, (Barcelona, Ariel, 1987), 76-ss.

ser aplicada en un caso sobre el cual tiene conocimiento, pero cuya última decisión le corresponde a un órgano especializado distinto a éste.

2.3. La relativización de los binomios

Para Alessandro Pizzorusso, la Justicia Constitucional de la Segunda Posguerra se caracteriza por conducir una combinación de la técnica del control incidental con la técnica del control concentrado mediante el instituto procesal de la *Pregiudialita*, que implica una facultad conferida a la justicia ordinaria, para elevar cuestiones constitucionales al Tribunal Constitucional para su decisión, cuando se sospeche que una norma que va a ser aplicada en la litis concreta que se encuentran conociendo va a vulnerar la Constitución.

Este instituto fue acogido en España, Alemania, Italia, y con posterioridad en Austria con la reforma constitucional de 1975. La llamada “Cuestión de Constitucionalidad” al hacer partícipe del proceso de control de constitucionalidad a todos los jueces, da como resultado la relativización del primer "binomio diferencial" que distanciaban a los dos modelos clásicos de control; el órgano competente. A través de la cuestión de constitucionalidad, se rompe la brecha existente entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, poniéndolos en un diálogo permanente.

El segundo elemento que tradicionalmente distinguió al modelo norteamericano del kelseniano europeo es el carácter incidental o principal de la cuestión. En el modelo norteamericano, la ley de la cual se sospecha la inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa, sino solamente como una cuestión incidental, de cuya decisión depende la decisión principal de la litis. En el modelo kelseniano por oposición, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional inicia con la presentación de la acción o recurso, de manera directa, es decir en la vía principal, de manera que no hay una litis pendiente, lo cual facilitaría su anulación.

Según el profesor de Viena, la diferencia entre los modelos tradicionales se encontraba en el procedimiento para declarar una norma inconstitucional. Mientras en el sistema del *commonlaw*, bastaba la sola violación del interés de un particular, para desencadenar un procedimiento de control constitucional, en el *civil law* era necesaria la intervención del interés público, lo cual, según Kelsen, es lo que el control de

constitucionalidad procura preservar, y más grave aún, no necesariamente coincide con el interés privado de las partes.

En este sentido, la introducción de un mecanismo como la cuestión de constitucionalidad en los ordenamientos europeos de la segunda posguerra, significará trasladar un elemento incidental a los sistemas de base kelseniana, en donde prevalece el carácter principal de la cuestión. Esta particularidad en términos de Pizzorusso, "va a atribuir carácter concreto al control realizado por el Tribunal Constitucional cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad".

El carácter concreto en un procedimiento de carácter principal sin embargo, solo puede ser admitido en cuanto al planteamiento de la cuestión; esto porque, según Fernández Segado "La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial. La concreción deriva de la relación de prejudicialidad que, en conexión con la "relevancia" (...) de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios, mientras en uno la norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es la norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto, en cuyo ámbito, la norma controlada ha de encontrar aplicación".⁵⁹

Se da entonces que la concreción del planteamiento convive con la abstracción del enjuiciamiento constitucional. El planteamiento concreto sin embargo, no va a dejar de repercutir en el juicio constitucional, pues "llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad..."⁶⁰

Esta conjugación entonces de la concreción y la abstracción en un mismo instituto procesal, evidencia –nuevamente- la progresiva combinación de elementos de los sistemas, antes bipolares.

Los efectos de las sentencias es otro elemento sobre el cual se produce la relativización de los binomios. A saber, en el modelo norteamericano el juez declara la nulidad preexistente de la ley que considera inconstitucional, de allí que le faculte inaplicarla al caso. Se trata entonces de una sentencia declarativa, con efectos

⁵⁹Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 39.

⁶⁰Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 40.

retroactivos, *ex tunc*, e *inter partes*. La inaplicación sin embargo no debe ser entendida en cuerda separada de la regla del *stare decisis*, en función de la cual la decisión de inaplicación que tomase el Tribunal Supremo, convertirá a esa norma en letra muerta, aun cuando la misma mantuviera su vigencia.

En el modelo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* mientras tanto, la sentencia es de carácter constitutiva, declara la nulidad de la ley, con efectos *erga omnes*, no retroactivos, esto es *ex nunc*. De allí que la idea del Tribunal Constitucional como un "legislador negativo" cuya tarea -asimilada a la de un legislador -no por su carácter político sino por los efectos generales de sus decisiones- difiere sustancialmente de una función jurisdiccional, cuyas decisiones son de carácter particular. El Tribunal Constitucional por oposición no crea normas, sino que las destruye, por tanto el mismo carácter de una ley abrogativa de otra norma legal.⁶¹

Con la aparición de la consulta de constitucionalidad, los órganos de control constitucional declaran la inconstitucionalidad de la norma, no así de una disposición, en tanto, como se señaló surge de proceso concreto, esto es de la aplicación de una disposición legal a un caso concreto. De este modo, aunque las sentencias del órgano de control siguen teniendo efectos *erga omnes*, la misma no declara la nulidad de la ley, sino de su aplicación a un caso concreto.

Tomando en cuenta la relevancia que le confiere Kelsen al principio de soberanía parlamentaria, no sorprende su cuestionamiento a los efectos retroactivos de las decisiones que declaren una norma contraria a la Constitución, no solo por las consecuencias, sino además porque la decisión concierne a un acto del legislador, es decir, un acto de interpretación de la Constitución, por lo que su opinión, mientras no sea declarada inconstitucional, debería ser respetada.⁶²

Un caso semejante que pone en evidencia que la distancia que antes mantenían los dos sistemas -respecto de los efectos de sus decisiones- se ven disminuidos, es mediante los fallos interpretativos de los Tribunales Constitucionales, adoptados con el fin de evitar agujeros en el ordenamiento jurídico, vacíos legales, en aplicación del

⁶¹ *Ibíd.*, 42.

⁶² Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 18-20

principio de seguridad jurídica y de conservación de los actos jurídicos.⁶³ De esta manera, las sentencias interpretativas han dado lugar a una eficacia del precedente muy parecida al *stare decisis* del modelo norteamericano.⁶⁴ Así también, dada la carga procesal de la Corte Suprema norteamericana su ámbito de acción se ha ido delimitando cada vez más, con el manejo de cuestiones constitucionales como un verdadero Tribunal Constitucional. Con esto el ideal kelseniano de “Legislador negativo” ha ido trasmutando, los Tribunales Constitucionales ya no se limitan a una función puramente de “depuración” del ordenamiento jurídico, sino que han asumido una función *creadora*, mediante técnicas propias del *judicial review*.

2.4. Características de la cuestión de inconstitucionalidad

Según Blasco Soto, la cuestión de inconstitucionalidad o llamada también control incidental, obedece a una naturaleza plural, por ser al mismo tiempo *subjetiva* y *objetiva*. Es objetiva porque: *i*) asegura la primacía de la Constitución manteniendo la actividad del legislador dentro del ordenamiento jurídico; y, *ii*) declara la validez de una norma jurídica abstracta y general controlando al órgano del cual se origina el acto objeto del proceso. Es subjetiva, porque: *i*) permite que los titulares de los derechos debatidos, encuentren un medio de defensa frente a la aplicación inconstitucional de la norma, demandando una aplicación constitucionalmente correcta de un precepto (que de fondo supone precautar el derecho a la tutela judicial efectiva), y principalmente porque *ii*) refleja y recoge la aplicación concreta que la norma va a recibir; de allí que no se trata de un juicio abstracto, hipotético o eventual sobre la constitucionalidad de una ley, sino un juicio de la ley pero en su aplicación específica por parte del juez en un caso en concreto.⁶⁵

Es en este último elemento nos detenemos para acudir a la diferencia entre *disposición* y *norma*. Para Luis Prieto Sanchís el objeto de una interpretación, es decir, lo que se interpreta es siempre un texto, un *enunciado* o conjunto de enunciados. La *norma* no es un objeto de interpretación sino el resultado de la misma, siendo por lo tanto que la norma es el significado que se da al texto (que puede ser una o varias disposiciones legales) mediante la interpretación, logrando así la separación de la

⁶³ El efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad, se han mantenido en Austria, no así en otros países europeos de tradición kelseniana como Alemania, España, Bélgica en donde cada vez más son la jurisprudencia y normativa que promueven efectos más cercanos al modelo norteamericano.

⁶⁴ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 47.

⁶⁵ María del Carmen Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*, 98-100.

actividad frente al resultado (interpretar e interpretación).⁶⁶ Una *norma* es entonces el resultado de un proceso hermenéutico del texto o *disposición*, que no da lugar solamente a una norma sino a varias. La *disposición* por el contrario, es "la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico", de manera que la norma no es una cosa, como una disposición, sino un sentido. Es bajo esta diferenciación que los órganos de control han disociado inconstitucionalidad y nulidad.⁶⁷

A partir de esta distinción es que consideramos que el objeto de consulta de la cuestión de inconstitucionalidad es una *norma* (interpretación) y no una *disposición*, pues lo contrario sería invadir o confundir con una acción de inconstitucionalidad.⁶⁸ De este modo como se mencionará más adelante, la concretización de parte del juez, es elemento esencial de la consulta; concretización que, cabe aclarar, no implica una mención a la pretensión de las partes, sino a la aplicación de la disposición en el caso *sub judice*.

La doble o plural naturaleza que encierra la cuestión de inconstitucionalidad es además, corolario de la coexistencia de un doble interés⁶⁹, subjetivo y objetivo. El *interés objetivo* en tanto procura la supremacía de la Constitución, y como tal la depuración del ordenamiento jurídico; mientras que el *interés subjetivo* propugna la tutela de los intereses individuales (del juez y las partes), principalmente de la tutela judicial efectiva mediante la no aplicación de normas contrarias a la Constitución.

Siendo el carácter e interés subjetivo el que configura la naturaleza misma de la cuestión de inconstitucionalidad, nos detendremos en ese punto, sin que por ello entendamos que se está restando importancia al carácter objetivo que esta guarda, empero, si de lo que tratamos es de un tipo de "control", es elemental suponer que tal denominación devenga de un carácter objetivo, ya mencionado.

⁶⁶ Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 226. Ver también Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, (Madrid, Marcial Pons, 2010).

⁶⁷ Fernández Segado, *ibíd.*, 58.

⁶⁸ De allí que, la interpretación que sostenemos aquí, es que la LOGJCC al establecer que la consulta por parte del juez a la Corte Constitucional debe ser "razonable y motivada" suponga que el juez *a quo* debe mencionar la interpretación que de la disposición realice en el caso concreto, y que además, es la que considera inconstitucional. De no ser ello así, como se mencionó, se estaría sustituyendo a la acción de inconstitucionalidad, que además es una vía abierta, no solo por incluir una acción popular, sino porque su discusión en el Pleno del órgano de Control admite receptar las opiniones del órgano legislativo, y de todos quienes se considerares "afectados" por tal ley; en tanto que la consulta de constitucionalidad admitiría solamente la intervención del juez *a quo* excepcionalmente de las partes del proceso.

⁶⁹ Se debe tener presente sin embargo que, cuando hablamos de intereses, no hacemos referencia a las pretensiones de las partes en el juicio *a quo*.

2.4.1. Concreción, prejudicialidad y carácter devolutivo.

La subjetividad se produce por la conexión que llega a tener la decisión que adopte la Corte Constitucional y los derechos debatidos en el proceso. Este nexo tiene origen en dos elementos que están íntimamente relacionados: el carácter prejudicial y concreto. La prejudicialidad, como ya se indicó, implica aquello que constituyendo el antecedente lógico de un juicio ordinario, puede dar lugar a un proceso independiente del principal, es decir, puede ser objeto de un proceso autónomo, requiriendo para su decisión la aplicación de normas jurídicas sustantivas heterogéneas.⁷⁰ La subjetividad de la cuestión implica entonces, que el nacimiento de esta suponga la existencia de un litigio previo en donde están en juego intereses subjetivos, que activa la competencia del órgano constitucional.

Consecuencia del carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad surge inmediatamente el carácter devolutivo. La cuestión de inconstitucionalidad es prejudicial y de carácter devolutivo, por las dos caras que esta encierra: una de origen, en tanto se configura como un nexo del proceso *a quo* con el proceso constitucional y como tal su inicio; y otro, en los efectos de la sentencia que el proceso constitucional autónomo genera sobre el proceso *a quo*, constituyendo el punto de retorno.

La *concretización* implica que el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley surja precisamente de su aplicación, mas no de un análisis abstracto o hipotético por parte del órgano judicial, sino que en el marco de un contexto real de hechos, esto es de una litis, se extrae una regla de la disposición cuestionada, en una suerte de silogismo jurídico, la misma que se eleva a la Corte Constitucional para que sea esta quien decida en última instancia y de manera general.⁷¹

Es por esta concretización que en la cuestión de inconstitucionalidad se encuentran entremezclados los intereses (no pretensiones) de las partes y del juez del juicio *a quo*;⁷² intereses que responden a la no aplicación en el proceso de una norma inconstitucional, y sus consecuentes efectos vulneratorios, y la depuración del

⁷⁰ Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*, 108.

⁷¹ Manuel García Pelayo señala en este sentido que “lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es la específica articulación en un caso de notas abstractas”, citado por Blasco Soto, *ibíd.*, 113.

⁷² Aunque para algunos doctrinarios, en la cuestión de inconstitucionalidad los intereses toman lugar hasta el planteamiento de la cuestión y desaparecen al momento de decisión de la cuestión. Coincidimos con Blasco Soto en la tesis de que los intereses persisten incluso hasta el momento mismo en que se toma la decisión. Ver Blasco Soto, *Ibíd.*, 110.

ordenamiento jurídico. Por tanto, los intereses de las partes y el juez resultan ser coincidentes y extensivos incluso hasta la decisión del órgano constitucional.

Por estar condicionado a la existencia de un litigio, el planteamiento por parte del juez ordinario no es resultado de una valoración abstracta y general, sino de la aplicación de ese enunciado normativo en un caso concreto, justamente porque la facultad de realizar un control abstracto de las normas, no corresponde a los órganos judiciales sino a la Corte Constitucional.⁷³

En consecuencia, si la cuestión de constitucionalidad es una forma de control concreto, la remisión por parte del juez a los hechos concretos en los cuales tiene lugar la norma presuntamente inconstitucional, adquiere vital importancia. De lo contrario, es decir, si el juez o jueza se aparta de los hechos, estaríamos suponiendo sino una sustitución, cuando menos una equiparación de la cuestión de inconstitucionalidad con la acción de inconstitucionalidad⁷⁴. De tal manera, la remisión a los hechos por parte del órgano jurisdiccional consultante no solo es un requisito procesal, sino la naturaleza misma de esta cuestión, que a su vez posibilita al juez ordinario marcar el espacio de análisis a la propia Corte Constitucional, en tanto esta última no puede elaborar un análisis más allá de la propia consulta planteada.⁷⁵ Es decir, el juez *a quo* marca un cerco hasta dónde puede actuar la Corte Constitucional.⁷⁶

Tal ha sido la importancia que la doctrina atribuye a la concreción, que Pizzorusso —citado por Blasco Soto— ya lo calificó como aquel elemento que caracteriza profundamente a la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto la decisión del órgano constitucional “está ligada a un concreto supuesto de hecho en el ámbito del cual la ley declarada inconstitucional había encontrado o se pretendía que encontrase aplicación.”⁷⁷

⁷³ *Ibíd.*, 108.

⁷⁴ Que en la vigente Constitución de 2008 deriva de una acción popular

⁷⁵ Como veremos más adelante, la regulación prevista en la LOGJCC resulta contraria a esta premisa, por lo que los efectos de las sentencias de la Corte a propósito de la cuestión de inconstitucionalidad la desnaturalizan, al suponer que en tal presupuesto es posible elaborar un control abstracto de constitucionalidad.

⁷⁶ Esta situación, como se verá, no ha sido un criterio sostenido por la Corte Constitucional. Al contrario, para la Corte Constitucional, ha sido causa de rechazo de las consultas, aquellas normas que se refieren a la aplicación de la norma consultada.

⁷⁷ Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*, 108.

2.5. La cuestión de constitucionalidad en el Ecuador.⁷⁸

En Ecuador, la cuestión de inconstitucionalidad se traduce en la denominada consulta de constitucionalidad, incorporada en el artículo 428 de la Constitución que señala:

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.⁷⁹

De la disposición constitucional transcrita se observan tres elementos: *i.* La situación de que un juez considere que una norma es contraria a la Constitución, bien sea a criterio personal o por la solicitud de una de las partes del proceso; *ii.* La suspensión de la tramitación de la causa cuando concurra la consideración sobre la inconstitucionalidad; y, *iii.* La remisión de la consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional, para que sea ésta quien la resuelva.

La cuestión de inconstitucionalidad, hemos dicho, se caracteriza por su carácter devolutivo, previo, suspensivo y autónomo. Si trasladamos estos elementos a la norma transcrita encontramos que la misma recoge tales elementos cuando faculta a los jueces a plantear consultas a la Corte Constitucional respecto de aquellas normas que consideren contrarias a la Constitución, luego de haber suspendido la tramitación de la causa en la que correspondía la aplicación de la norma consultada. Siendo así, la consulta de constitucionalidad es también un tipo de control concreto incidental y prejudicial.

Del desarrollo legislativo sobre la consulta de constitucionalidad contenido en los artículos 141, 142 y 143 de la LOGJCC se retoma aparentemente la misma dinámica

⁷⁸ Esta parte del capítulo, corresponde a una actualización de un artículo publicado en 2011 cuando se dio inicio al desarrollo de la presente tesis de maestría: Johanna Romero, “Control Concreto de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad.”, en *Apuntes de Derecho Constitucional: parte especial: control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, Tomo 3, Juan Montaña Pinto, ed., (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012).

⁷⁹ Constitución del Ecuador, 2008, artículo 428.

de la Constitución; no obstante, como lo analizamos a continuación, la norma legal incluye varias particularidades que pueden incluso llegar a contradicciones con la Constitución y algunos elementos teóricos propios del instituto procesal.

En la LOGJCC, la consulta de constitucionalidad está regulada bajo las siguientes formulaciones:

Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.⁸⁰

Al analizar la norma legal encontramos lo siguiente:

Según consideramos, los incisos segundo del artículo 141 y primero del artículo 142 de la LOGJCC, aunque advierten el principio de aplicación directa, caen en contradicción por lo siguiente.

Cuando los artículos 141 y 142 de la LOGJCC señalan “sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas...” refieren a un escenario de aplicación directa de la Constitución en el supuesto que en el ordenamiento jurídico no exista una norma legal que regule una situación jurídica determinada (vacío legal). Con esto, la LOGJCC establece que la aplicación directa de la Constitución (para los órganos

⁸⁰ El artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional curiosamente tiene un contenido idéntico al artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

jurisdiccionales) se presenta ante un vacío legal que debe ser resuelto vía interpretativa (lo que hemos indicado como el tercer escenario de aplicación directa). No se trata entonces –en este caso– de una habilitación a los órganos judiciales para que inapliquen disposiciones legales ante una eventual contradicción con la Constitución.

Lo anterior no significa que el principio aplicación directa no rige cuando existen normas que contravengan la Constitución; lo que sucede es que la potestad de aplicar la Constitución ante tal supuesto constituye una facultad que se inaugura en el órgano judicial y se extiende a la Corte Constitucional para que sea esta, quien aplicando directamente la norma suprema, declare si una norma es o no constitucional. De modo que la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario está en el cumplimiento del mandato del artículo 428 de la Constitución, y de la Corte Constitucional en el ejercicio final de verificación de la norma consultada.

Un segundo asunto igualmente problemático se presenta respecto del artículo 142 de la LOGJCC, en lo siguiente: “En consecuencia”⁸¹ el juez *solo si* tiene *duda razonable y motivada* consultará a la Corte Constitucional”. Como se puede apreciar, la norma legal, difiere con la Constitución ya que se refiere exclusivamente a la *duda*, mas no a un supuesto más amplio como lo es una *consideración*. Aunque a primera vista podría parecer equivalente, cuando se traduce al campo práctico tal equivalencia se ve desvirtuada. A saber, si acudimos al significado mismo de la locución *considerar*, encontramos que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) al respecto señala:

Considerar.-

1. Pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado.
2. Tratar a alguien con urbanidad o respeto.
3. Juzgar, estimar.⁸²

En lo que nos interesa ahora tratar, nos remitimos a la primera (1) y tercera (3) definición para abordar la explicación pertinente.

⁸¹ Entendemos que “en consecuencia” significa, en consecuencia de lo anterior, es decir, para cuando sí existe norma. Aunque la expresión además de esta interpretación puede también referirse a “un siguiente paso”.

⁸² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. www.rae.es. Acceso: 23 abril 2011.

La definición transcrita es clara en indicar que una consideración supone un análisis, una estimación respecto de algo que es materia de juzgamiento, es decir, puede incluir tanto una duda como una certeza.

Por otra parte, la expresión “duda” incluye:

Duda.-

1. Tener el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros.
2. Desconfiar, sospechar de alguien o algo.
3. Dar poco crédito a una información que se oye.
4. Temer.⁸³

Esta definición supone que en quien se origine la duda, haya adoptado una posición respecto de algo que está siendo analizado, como lo sería en este caso una norma. Sin embargo, tal posición no es definitiva, es decir, no existe un posicionamiento firme sobre lo que sí es, no así sobre lo que no es, en otras palabras una posición de que una norma no es algo que inicialmente se presume, como por ejemplo ser constitucional. En definitiva, la consideración puede suponer tanto una duda cuanto su opuesto, es decir una certeza. Con lo cual la norma recogida en la LOGJCC, restringiría la posibilidad de la consulta de los jueces ordinarios, solo para aquellos casos en los cuales el mismo tenga dudas.⁸⁴

Ahora bien, frente a la formulación elaborada por el legislador y aquella que establece la Constitución respecto a la consulta de constitucionalidad, un sector de la doctrina constitucional ecuatoriana, ha señalado que las regulaciones de la ley pretendían corregir la “contradicción” que guarda la Constitución entre los artículos 426, 11, numeral 3, y 428.⁸⁵ Tal intento, según este sector de la doctrina, encuentra sustento en el siguiente argumento. “Si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía

⁸³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. www.rae.es. Acceso: 23 abril 2011.

⁸⁴ Sobre la categorización de “duda” como un problema de delimitación nos referiremos más adelante.

⁸⁵ Los artículos 11, numeral 3, y 426 recogen el principio de aplicación directa de la Constitución, en tanto que el artículo 428 la consulta de un juez a la Corte Constitucional. Con el término “corrección” se habría referido Ramiro Ávila Santamaría en una entrevista realizada el 6 de junio de 2011 con ocasión de esta investigación. La entrevista al constitucionalista ecuatoriano se realizó en consideración a su participación en la elaboración de la referida ley.

de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte”.⁸⁶

Con un argumento semejante es que luego de dictada la LOGJCC, los jueces ordinarios, y –durante un período extenso- la Corte Constitucional, concluirán que la duda y su consecuente consulta, a la cual hace mención la ley, en tanto dice “solo si” (es decir *siempre que* o *únicamente*), implica además un opuesto, cual es la certeza y la consecuente aplicación de la Constitución, y como tal inaplicación de la norma legal. Sobre este punto nos enfocaremos más adelante cuando desarrollemos el análisis empírico en la jurisprudencia, así como las encuestas y entrevistas a funcionarios judiciales.

Una interpretación como la anterior nos resulta forzada, toda vez que ni la ley ni la Constitución facultan en alguna situación a un juez a inaplicar una norma legal. No obstante, desde que esta interpretación se sustenta principalmente en el principio constitucional de aplicación directa de la Constitución (artículos 426 y 11, numeral 3, Constitución), hemos considerado necesario dedicar un capítulo entero para un análisis más amplio sobre éste, proponiendo tres escenarios en los que el principio de aplicación directa de la Constitución se hace efectivo de manera diversa.

El debate en torno a la posibilidad o no de inaplicar normas legales por parte de los jueces fue tratada en entrevistas a dos académicos constitucionalistas. Para Ramiro Ávila Santamaría, la *duda* y su consecuente consulta, a la cual hace mención la ley (art. 142), implica además un opuesto, esto es, la *certeza* con la consecuente inaplicación de la norma legal, en razón del principio de aplicación directa de la Constitución.⁸⁷ Con una fundamentación opuesta a la de Ávila Santamaría, Julio César Trujillo sostiene que la regla del art. 428 (la consulta de los jueces a la Corte Constitucional) procede en tanto los jueces tienen certeza que la norma legal es inconstitucional; de la duda en todo caso, para Trujillo, en virtud del principio *pro legislatore*, surge la obligación del juez de aplicar la norma legal.⁸⁸ De modo que no cabría sino una certeza para romper con aquel principio y justificar la consulta y consecuente suspensión del proceso en manos del

⁸⁶ Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” en *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ramiro Ávila Santamaría (ed.), (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 338-342.

⁸⁷ Entrevista realizada el 6 de junio de 2011.

⁸⁸ El criterio del Dr. Julio César Trujillo ha sido planteado en una entrevista 10 de mayo de 2011.

juez. Es necesario entonces, que el juez cuente con más herramientas jurídicas que una duda para cuestionar al legislador y elevar la consulta.

La tabla que se incorpora a continuación muestra claramente las distinciones entre ambas posturas teóricas.

Tabla 1.
Criterios de académicos

| Entrevistado | Situación del juez | Resultado |
|--------------------------------|------------------------------------|--|
| Ramiro Ávila Santamaría | Duda razonable y motivada | Consulta Corte Constitucional |
| | Certeza de la inconstitucionalidad | Inaplicación norma legal. |
| Julio César Trujillo | Certeza | Consulta Corte Constitucional |
| | Duda | interpretación conforme, no inaplicación |

Fuente: elaboración propia.

Desde la postura de Trujillo, el principio *pro legislature* o presunción de constitucionalidad de las leyes, supone que la declaración de constitucionalidad es, ante todo la *ultima ratio*. Implica sin duda una confianza otorgada al legislador en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; pero además, implica que una ley solo puede ser declarada inconstitucional cuando su contradicción con la Constitución sea tan evidente que no permita dejar lugar a la “duda razonable”, de manera que si una disposición legal está formulada en términos tan amplios que admite interpretaciones inconstitucionales, por el principio *pro legislature*, se debe presumir que el legislador ha sobreentendido que la interpretación que habrá de aplicarse, es precisamente la que está dentro de los límites constitucionales.⁸⁹

Una postura como la de Trujillo marca en este sentido, en el debate Constitución-Democracia, una proximidad mayor a la democracia y con ello al legislador, que aquella que sugiere la inaplicación, como la que plantea Ávila Santamaría, y que por tanto, estaría más próxima al constitucionalismo y el “activismo” del juez .

Un último elemento que merece atención es en torno a los efectos que se generan del fallo del órgano constitucional. La decisión de la Corte Constitucional, en

⁸⁹ Manuel Aragón, *Constitución y democracia* (Madrid, Tecnos, 1989), 124.

los casos de consulta de constitucionalidad de los jueces, si bien es fruto de un proceso subjetivo, y como tal concreto, ello no implica que la decisión que emita sea —como se ha insistido— en función de los intereses subjetivos de las partes, de modo que la Corte Constitucional no viene a resolver el objeto principal del juicio *a quo*. La Corte Constitucional si bien debe su activación a tales intereses, su decisión no apunta a dar solución a las pretensiones que sustentan el juicio inicial. A la Corte Constitucional le corresponde resolver la consideración (duda-certeza) que sobre una norma legal ha derivado, sin que ello implique que su decisión sea concretamente del caso del cual se origina.

El juez constitucional soluciona en concreto, en tanto resuelve sobre la constitucionalidad de la interpretación dada por el juez de un texto normativo, y del cual hace su consulta. Así, la Corte Constitucional resuelve la constitucionalidad de una *norma*, mas no de una *disposición normativa*.

A pesar de que la cuestión de constitucionalidad constituye una forma de control concreto, la decisión que adopta la Corte Constitucional en tanto órgano de cierre, tiene efecto *erga omnes*, de tal forma que si se resuelve declarando que la norma o interpretación realizada por el juez es inconstitucional, tal declaración será obligatoria para todos y por tanto aplicable para todos los casos que se generen con posterioridad, bajo las mismas circunstancias —supuestos fácticos— del juicio inicial.

Dicho en otras palabras, aunque la característica de este tipo de control es incidental y subjetivo, en tanto atiende a los intereses de las partes involucradas de no aplicar una norma inconstitucional, ello no descarta el hecho que la decisión que adopte la Corte Constitucional genere efectos para todos los casos similares a estos, y entre ellos el juicio inicial del cual se origina la consulta. Lo contrario (efectos *interpartes*) significaría pensar que la Corte Constitucional resuelve ahora sí las pretensiones de las partes del juicio inicial.

De lo anterior resta añadir lo siguiente. Si el control que supone la consulta o cuestión de inconstitucionalidad es un control de tipo concreto, en razón de la aplicación que una determinada norma tiene dentro de un proceso, lo lógico además es suponer que los efectos asimismo serán de carácter concreto, esto es, en atención a la aplicación de una norma a un hecho fáctico —independientemente del cual se origina—, situación

ésta que se encuentra recogida en la ley en el artículo 143, numeral 2. No obstante, la LOGJCC introduce una particularidad que analizamos a continuación.

Art. 143.- **Efectos del fallo.**- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos: 1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la *disposición* jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad. 2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la *aplicación* de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado. (el resaltado nos corresponde)

La norma legal transcrita incluye dos posibilidades dentro de un mismo supuesto —consulta de constitucionalidad— que pueden o no resultar coincidentes, según criterio de la propia Corte.

El supuesto contenido en el numeral 2 del artículo referido, formula dos situaciones. *i.* Cuando la Corte Constitucional decida sobre la aplicación de la disposición legal, es decir sobre la interpretación realizada por el juez en el caso que se encuentra resolviendo, los efectos que producen la sentencia de la Corte, serán por un lado, *erga omnes*, en tanto obliga a todos jueces que deban resolver a futuro en casos análogos al consultado, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional; precisamente por ello determina la ley que una decisión en este sentido, deberá imperativamente contener “con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión...”.

Si la decisión en un proceso incidental tiende a resolver un problema de inconstitucionalidad en la aplicación misma de la disposición, es decir, de una interpretación extraída de la norma como producto de su eventual aplicación a un hecho fáctico determinado, por presumiblemente violar derechos o la propia Constitución, la decisión de la Corte debe ser en atención a ello, es decir, bien sea declarando que la interpretación consultada es inconstitucional y como tal prohibiendo una aplicación de este tipo, o en su defecto negando que la interpretación consultada sea inconstitucional.

Todo lo anterior tiene coherencia con la naturaleza misma de este tipo de procesos, es decir, el análisis de constitucionalidad de la *aplicación* de una disposición legal. Por lo tanto, un supuesto que incluya efectos diversos a estos no haría otra cosa

sino sobrepasar la naturaleza del juicio incidental. Precisamente, un supuesto que cae en ese error es el numeral 1 del artículo 143 y con ello, -como se verá más adelante- la propia Corte Constitucional.

El numeral 1 incluye asimismo dos situaciones —la segunda producto de la primera— de las cuales consideramos vale hacer algunas observaciones. En primer lugar la norma ocasiona que la Corte pueda como consecuencia de una consulta de constitucionalidad elaborar un examen de constitucionalidad de la disposición, no así de la interpretación consultada, cuyos efectos son asimismo *erga omnes*. Por lo tanto, -indebidamente- se amplía el campo de análisis del cual deriva la competencia de la Corte, en tanto va más allá de la interpretación que ha sido elevada en consulta.

Consecuencia de esto, añade la misma norma, la sentencia tendrá los mismos efectos que una sentencia de control abstracto de constitucionalidad. Por tanto, el efecto inmediato de tal sentencia ya no es eliminar una interpretación, sino eliminar o extinguir la norma misma del ordenamiento jurídico. Aunque esto pueda considerarse irrelevante, de un análisis de mayor profundidad observamos que no es así.

Como se indicó en su momento, la competencia de la Corte Constitucional en los casos de control concreto —consulta— surge en mención a un solo supuesto de hecho, lo cual como es lógico, no es la única interpretación o el único hecho que podrá contener una norma. Por tanto, eliminar una norma en consideración a que la misma viola o está en contra de la Constitución, con sustento en un solo supuesto fáctico, desvirtúa sustancialmente el control abstracto y la cuestión de inconstitucionalidad, pues atribuye un control oficioso de la Corte, en virtud posiblemente del control integral, del cual tenemos muchas objeciones.

No es lo mismo decir que los efectos de la sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad son *erga omnes* a partir de un control concreto, en razón de que toda persona está obligada a interpretar o aplicar una determinada disposición legal, según como la Corte Constitucional lo ha establecido; que decir que los efectos *erga omnes*, a partir de un control abstracto, son obligatorios para todas las personas, por cuanto la norma rebatida ha sido eliminada del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, los efectos del “fallo”⁹⁰ dentro de una consulta de constitucionalidad siempre serán *erga omnes* en cuanto resultan vinculantes y obligatorios para todos los casos análogos posteriores, y por tanto, obligatorio para todo juez interpretar la norma en el sentido que lo ha determinado la Corte, no obstante por la prejudicialidad que esta supone los efectos son también *inter partes*, en el proceso *a quo*. Sin embargo, según la ley, tales efectos a más de ser *erga omnes*, conducen a la extinción de la norma, lo cual constituye una extralimitación del control concreto de constitucionalidad.

Lo que hasta aquí se ha estudiado dan un primer y amplio panorama respecto de la naturaleza de la cuestión de constitucionalidad, no obstante restan algunos puntos procesales que requieren una breve aproximación, y sobre los cuales ni el reglamento, ni la ley, ni la Constitución traen una respuesta clara, y que conforme lo veremos más adelante, suscitaron serias dificultades en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Uno de ellos se refiere a la forma o contenido que la consulta debe contener a la hora de plantearse a la Corte Constitucional. Siendo este un asunto vital, pues como se indicó con anterioridad de ello depende la delimitación del ámbito de análisis que el juez le permita a la Corte, consideramos necesario tratarlo.

Para lo anterior acudimos a la legislación española por las proximidades que este presenta con las regulaciones en el ordenamiento ecuatoriano.

En los artículos 35, 36 y 37, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español y el artículo 163 de la Constitución Española se recogen el instituto procesal de la cuestión de constitucionalidad, con algunos elementos que estimamos importantes para nuestro análisis.

Artículo 163. Cuando un órgano judicial considera, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional

⁹⁰ No abordaremos en esta ocasión el problema sobre la denominación “fallo”, sin embargo, consideramos importante dejar sentado la importancia de diferenciar el fallo o sentencia del dictamen, el primero de ellos como una decisión del juez en la resolución de un caso concreto. La cuestión de inconstitucionalidad, reiteramos, no decide sobre el caso concreto, a pesar de ser un control concreto de naturaleza subjetiva, su decisión es concreta en tanto resuelve la constitucionalidad de una norma en un caso concreto. Por tanto determinar que lo que decide la Corte ante la consulta de constitucionalidad de un juez es un fallo, no es coherente —nuevamente— a la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad.

en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.⁹¹

Artículo 35.

1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

(...)

3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Artículo 36. El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere.

Artículo 37.

1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado 2 de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada. (...) ⁹²

Conforme se puede observar, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español establece respecto a la forma de presentar el auto para la consulta, que la misma deberá indicar, entre otros: *i)* la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona; *ii)* el precepto constitucional que se supone infringido; *iii)* la justificación sobre en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión; *iv)* los testimonios y alegaciones efectuadas por las partes y el Ministerio Público para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Con relación al primer elemento —norma cuya constitucionalidad se cuestiona— es necesario volver sobre lo siguiente. La cuestión de constitucionalidad implica la confrontación *norma-Constitución*, por lo que no solo basta mencionar la

⁹¹ Constitución de España. Ratificada el 6 de diciembre de 1978.

⁹² Ley 2/1979 del 3 de octubre de 1979.

disposición legal, sino que por la naturaleza misma de la cuestión de inconstitucionalidad, resulta aún de mayor relevancia la norma que el juez ha extraído del texto legal aplicable en el proceso que se encuentra conociendo. Consiguientemente, si la norma es el producto de una interpretación, es importante determinar con claridad los hechos frente a los cuales se ha confrontado el texto legal, de tal suerte que sean estos elementos (hechos, norma y disposición) los que hagan de frontera de análisis a la Corte Constitucional.

De igual manera la Constitución, ley o reglamento nada dicen respecto del tipo de normas susceptibles de consulta ante la Corte Constitucional, es importante nuevamente volver al derecho comparado y en especial a la Ley del Tribunal Constitucional Español y a la propia Constitución española a fin de encontrar en esta alguna orientación. Las normas referidas son claras en señalar dos aspectos respecto de las normas sobre las cuales se plantea la consulta:

- i) que la mismas sean aplicables al caso, y;
- ii) que sea una norma de cuya validez dependa el fallo.

Estas dos características resultan importantes en tanto evitan que la consulta de constitucionalidad dilate indebida e innecesariamente los procesos, ya que la norma materia de consulta debe ser de aquellas sobre la cual depende la decisión del caso. Conforme lo analizaremos más adelante, este asunto fue tratado en una etapa muy avanzada de vigencia de la LOGJCC, y, aunque hoy parece haber alguna mención a través de la sentencia 001-13-SCN-CC, el tema no queda del todo claro, no solo por un escaso desarrollo del órgano de control, sino por muchas contradicciones inmersas en sus sentencias.

Es de nuestra opinión que este punto debería no solo ser analizado por la Corte Constitucional a la hora de determinar la admisión de la consulta, sino debe partir desde el propio juez, no solo cuando sea de este de quien origine la consulta sino incluso cuando sean las partes quien la planteen,⁹³ lo cual supone que el juez consultante determine de forma argumentada la pertinencia o no de la consulta. Lo anterior tiene coherencia en tanto no se justificaría la suspensión de un proceso por una cuestión que no resulte trascendental para su resolución.

⁹³ Según el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana y el artículo 142 de la LOGJCC la consulta puede ser de oficio o a petición de parte.

El elemento, *precepto constitucional que se presume infringido*, requiere asimismo que el juez lo precise pues, por tratarse de un proceso de control de constitucionalidad es este el parámetro de análisis que la Corte debe acoger a la hora de examinar la constitucionalidad de la norma.⁹⁴ Finalmente, el elemento final, *la justificación que el proceso depende de la validez de la norma en cuestión*, es concordante con el anterior requisito, sin embargo en este punto toma importancia el ejercicio argumentativo que el juez elabore para plantear la consulta a la Corte Constitucional.

Todos estos elementos han sido abordados en distintos momentos por la Corte Constitucional a través de sus sentencias como lo veremos en otro capítulo.

Un último elemento que abordamos en el contexto de las normas contenidas en la LOGJCC, tiene que ver con lo siguiente. Cuando la norma legal señala que *solo si* el juez tuviera duda de que una norma es contraria a la Constitución, debe consultar a la Corte Constitucional.

En la norma en cuestión, la expresión “contraria a la Constitución”, declara implícitamente “inconstitucional”, por tanto la norma legal se traduciría en lo siguiente: *solo si un juez tuviere dudas de que una norma es inconstitucional consultará a la Corte Constitucional*. Al parecer nada extraño trae el enunciado, sin embargo, si nos preguntamos ¿cómo es que un juez pueda dudar y consultar a la Corte Constitucional, respecto de la inconstitucionalidad de una norma? De lo que sí se puede dudar es de la constitucionalidad de una norma, pues lo contrario sería pensar que se parte del supuesto de que toda norma es inconstitucional, contradiciendo así el propio principio de presunción de constitucionalidad de la ley o principio *pro legislatore*. Peor aún es pensar que una autoridad judicial teniendo dudas de que una norma sea inconstitucional, es decir, que considera que la norma puede ser constitucional, consulte a la Corte. ¿De qué va a consultar un juez si tiene duda de que la norma es inconstitucional, sino de lo contrario, es decir, de la constitucionalidad; cuán lógico es suponer que un juez consulte de la constitucionalidad de una norma al órgano constitucional cuando se supone que opera el principio *pro legislatore*?

⁹⁴ Aunque la LOGJCC —de manera muy cuestionable— faculta a la Corte Constitucional para que pueda efectuar un control integral, para lo cual puede contrarrestar la norma consultada frente a disposiciones constitucionales no invocados por el juez en su consulta.

Encontramos que tanto la elaboración normativa, cuanto la interpretación doctrinal presentada, en primer lugar contradice la propia Constitución, cuando debe ser esta como norma suprema la que dé las directrices a cualquier desarrollo legislativo e incluso una elaboración o interpretación doctrinal, de tal forma que ni una ni otra podrán rebasar los parámetros establecidos por el constituyente.

Si la Constitución ha fijado un procedimiento claro y específico respecto del actuar de los jueces ante una posible contradicción de la norma con la Constitución, no es admisible que una norma legal pretenda restringir una regla tan clara como la que manda el artículo 428. El problema quizás ahora es analizar si la disposición constitucional que sostiene la consulta de constitucionalidad de los jueces es o no compatible con aquella que contiene la aplicación directa de la Constitución (arts. 11, numeral 3, y 426). Esta interrogante nos conduce al asunto relativo a las reglas y los principios.⁹⁵

La aplicación directa de la Constitución, como no puede ser de otra forma constituye un principio, es decir un mandato de optimización, una directriz. La disposición constitucional que contiene la consulta de constitucionalidad supone en tanto, una regla, es decir un mandato de cumplimiento obligatorio, que además deriva del principio *pro legislatore*. Los principios como sabemos se cumplen en mayor o menor medida, mientras que las reglas se cumplen o no, agotándose en sí mismos. En este orden de ideas, si entendemos que la aplicación directa es un principio y la consulta de constitucionalidad es una regla, es esta regla la que reduce constitucionalmente al principio. Una reducción por lo tanto debe dar cabida a que otra sección del principio de aplicación directa sí se cumpla, pues como lo indicamos al ser un principio el mismo se cumple en mayor o menor medida. Es decir, el principio de aplicación directa no procede inicialmente cuando un juez en un proceso considere que una norma es contraria a la Constitución, porque en tal supuesto debe consultar. Con lo cual la Constitución asigna un peso mayor al principio que está detrás de esta consulta, es decir del principio *pro legislatore*. Sin embargo, sí deberá proceder la aplicación directa en otros supuestos (vacío legal, y aplicación legal), pues de no ser así, el principio de aplicación directa no se cumpliría en absoluto.

⁹⁵ Sobre la distinción entre principios y reglas, consultar Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, (Barcelona, Gedisa, 2006); también del mismo autor: *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997); así mismo: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Un asunto sobre el cual sí encontramos una dificultad, y frente al cual expresamos una mayor preocupación, es sobre de la posibilidad que cualquier otra autoridad o funcionario público, diferente a un juez, sí podría aplicar directamente la Constitución, no solo cuando no existe ley, sino incluso cuando existe contradicción, esto por cuanto, el artículo 428 se presenta como una regla que solo se refiere a los jueces. La solución que ahora planteamos ante una incongruencia de esta naturaleza, que recalcamos no consta textualmente en la Constitución, pero que a propósito de una interpretación extensiva podemos extraer es la siguiente: si una autoridad administrativa —diferente a un juez— encuentra una contradicción de una norma infraconstitucional con la Constitución, entonces este, en tanto sea posible, procurará elaborar en esta norma infra-constitucional una interpretación acorde a la Constitución. No cabe duda sin embargo, que una interpretación de esta naturaleza, supondría un caos total en la estructura del sistema normativo, pues rompería el principio de legalidad, y toda idea de seguridad jurídica en el ordenamiento. De allí que convenga por parte de la Corte Constitucional sentar jurisprudencia al respecto.

Capítulo Tercero

La consulta de constitucionalidad como primera evidencia de la convergencia de los sistemas clásicos.

3.1. Introducción

El propósito de este capítulo es dar cuenta de la dificultad que implica seguir sosteniendo teóricamente la bipolaridad de los clásicos sistemas de control constitucional (*civil law – commonlaw*), dada la continua convergencia de los mismos, y de manera particular por las nuevas atribuciones conferidas a los órganos de control constitucional en el mundo. La necesidad de abordar esta problemática aquí, está en el hecho de que esta convergencia se evidencia a través del instituto procesal que es materia de nuestra investigación, la *Cuestión de constitucionalidad*.

Las características de la Cuestión de Constitucionalidad hacen que necesariamente se incorpore un replanteamiento de la clasificación tradicional en materia de control constitucional, por lo que siguiendo la propuesta de Francisco Fernández Segado, se planteará una nueva clasificación tipológica que incorpore los modelos que hoy en día los distintos ordenamientos jurídicos han desarrollado.

Esta aproximación incluye además un segundo planteamiento de fondo. Dado que cada modelo clásico de control constitucional lleva por detrás una defensa más próxima a uno de los elementos de debate entre democracia-Constitución, la apuesta por un modelo determinado, nos permite evaluar las circunstancias y particularidades ya no solo procedimentales de cada modelo sino principalmente teóricas.

En este sentido, la primera parte de este capítulo se ocupará de estudiar las condiciones principalmente políticas en que cada modelo nació, y con ello las consecuencias jurídicas que ellas generaron a la hora de formular cada modelo. En una segunda parte, se estudiará las circunstancias histórico-políticas que ocasionaron un viraje desde Europa hacia el modelo norteamericano, y los mecanismos procesales que con ello se llevaron a cabo, uno de ellos la cuestión de constitucionalidad.

Llegado a este punto, planteamos la hibridación de la clasificación bipolar tradicional de *commonlawy civil law*, sugiriendo una nueva tipología clasificatoria en donde ubicaremos la cuestión o consulta de constitucionalidad.

3.2. Constitución y control en Estados Unidos. La apuesta en el juez.

En “*La Justicia Constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia del Sistema Americano y Kelseniano Europeo*”⁹⁶ Fernández Segado establece que el primer indicio de lo que luego fuera el *judicial review* norteamericano está en 1610 a través del caso *Bonham*, en donde el Juez Edward Coke de Inglaterra desarrolló por primera vez una doctrina en defensa del *CommonLaw*, y su supremacía. Es de suponer que el caso *Bonham*, en el contexto que se presenta en ese momento en Inglaterra, se desarrolla con el propósito de fijar límites al Parlamento y como tal a la voluntad mayoritaria. No obstante, con el triunfo de la “*Revolución Gloriosa*” en 1688,⁹⁷ en pleno escenario de disputas de la Monarquía y el Parlamento, la doctrina Coke habrá quedado relegada para imponerse una Soberanía Parlamentaria contundente.

A pesar de esto, en Norteamérica a través de las Colonias Inglesas, la doctrina del juez Coke, recobrará vigencia en un intento por garantizar la supremacía del *CommonLaw* frente a los excesos del Rey y el Parlamento. Esta tesis que para los colonos permitía velar por las Cartas Coloniales (una suerte de normas constitucionales) llegará hasta 1787 a la aprobación de la Constitución, y con ella el reconocimiento de su supremacía normativa, con la impronta de salvaguardar la propia libertad y los valores de la comunidad, frente a los abusos de las mayorías.

⁹⁶Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia del Sistema Americano y Kelseniano Europeo* (México, UNAM, 2004).

⁹⁷Durante el reinado de Jacobo II (1685-1688), Inglaterra fue escenario de intensos conflictos religiosos y políticos; entre católicos y protestantes por un lado; y, por el otro, entre los partidarios de una monarquía absoluta, los partidarios de la monarquía constitucional, y los partidarios de la República, precisamente porque Jacobo II pretendió retornar al culto católico y a una monarquía absoluta. El intento de Jacobo II de restablecer una monarquía implicaba por entonces, romper el acuerdo que obtuvo el Parlamento en el reinado de Carlos II Estuardo (reconocer que el Parlamento será quien elabore las leyes y apruebe los tributos) condujo a que la nobleza y la burguesía planteen la necesidad de destronar a Jacobo II, y ofrezcan la Corona a María y Guillermo de Orange, quienes arribarán a Londres en noviembre de 1688 con la bandera “Por la libertad, por la religión protestante, por el Parlamento.” Jacobo II huye hacia Francia y el Parlamento inglés entregó al trono a Guillermo de Orange a condición de mantener el protestantismo y permitir gobernar al Parlamento, lo que se denominó la *Declaración de Derecho* o *Bill of Rights*, de cuyos contenidos destacamos aquí la declaración de que es ilegal el poder de suspender o aplicar leyes sin el consentimiento del Parlamento. Ver, José María Torres, *Los Derechos del hombre* (Buenos Aires, Eudeba, 1989); John Dunn, *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C. – 1993)*, Jordi Fibla (trad.) (España, Tusquets, 1995)

En Norteamérica por lo tanto, la noción de Constitución como norma superior supone –según Ignacio de Otto- su aplicación en toda relación jurídica “junto a la ley o incluso frente a ella”⁹⁸, de allí entonces que adquiere *eficacia directa*, esto es, que sea aplicada “...por todos cuantos órganos estén llamados a actuar el ordenamiento jurídico”⁹⁹

Este “triunfo” de la Constitución, para Fernández Segado “...pareciera desprender[] la idea que la justicia constitucional es hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad, propicia un "gobierno limitado" por la Constitución.”¹⁰⁰

Se puede inferir entonces que se trata de una noción de Constitución centrada en el reconocimiento de la libertad de los individuos, o como lo menciona Fernández Segado del *pactum associationis subiectionis* (o pacto de asociación entre individuos) del iusnaturalismo, que junto a los mecanismos de control de tal pacto, no mostrarían sino el deseo por prevenir la “tiranía de la mayoría”, la arbitrariedad en sus decisiones.

En este orden de ideas, concluye Fernández Segado, el Constitucionalismo contemporáneo fundado en el Principio de defensa de las normas constitucionales, es fiel heredero de esta misma tradición, de una sintonía entre la defensa de la Constitución y la libertad. De manera que en la tensión Democracia-Constitución, el Constitucionalismo norteamericano y su noción de Constitución, no hizo una apuesta por la Democracia, sino por su limitación, a través de la prevalencia de los derechos individuales, pero además, como una tarea conferida al juez.

3.3. Constitución y control en Europa. El legado de Kelsen.

Si volcamos la mirada hacia Europa, al inicio de las ideas en torno al control de constitucionalidad, debemos –o así lo consideramos- fijar el punto de partida en Hans Kelsen, y en las Constituciones de Austria y Alemania de la Primera Posguerra.

La Constitución de Weimar de 1919 y la de Austria de 1920, son piezas iniciales en el escenario del Control Constitucional europeo. Aunque desde concepciones distintas, Alemania y Austria configuraron un modelo de control constitucional en

⁹⁸ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, (Barcelona, Ariel, 1987), 76-ss.

⁹⁹ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, *Ibíd.*

¹⁰⁰ Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 4.

dirección contraria a la del modelo del *CommonLaw*, dado que el Constitucionalismo Europeo procuró en sus inicios un modelo que no entre en conflicto con la democracia, que no invada o ponga en crisis la división de poderes (o el sistema federal en el caso Alemán), y particularmente sin conferir poderes excesivos al poder judicial.

Si bien este no es el espacio para profundizar en torno a las ideas de Kelsen y su postura en torno a la democracia, consideramos que el modelo diseñado por el jurista austriaco, sostuvo en la mayor parte de sus tiempos, un sistema que evite colisionar con la Democracia y la Soberanía Parlamentaria. Esta postura, -consideramos- es correlativa a la concepción de Constitución que el jurista austriaco sostiene.

Desde la perspectiva kelseniana, la Constitución no es concebida como norma superior de la cual deriven derechos y obligaciones a los cuales se deben someter y como tal limitar los poderes públicos. Por el contrario, la Constitución se constituye como una norma que determina mandatos formales para el legislador, es decir, el procedimiento de elaboración de las normas, y las facultades de los poderes estatales. Y como lo señala Rivas Maura, “de ahí, que [la Constitución] no pueda tener eficacia directa, sino tan sólo sirva para enjuiciar las leyes, ya que es este precisamente su objeto: regular la creación de normas, fundamentalmente la de leyes.”¹⁰¹

La Constitución de Austria de 1920, obra maestra de Kelsen, fue claramente disímil al modelo norteamericano, no solo en razón a la idea del órgano *ad hoc*, sino principalmente por el conjunto de rasgos vinculados a la noción de "legislador negativo" que Kelsen desarrolla alrededor del Tribunal Constitucional.

La Constitución de Weimar en el contexto de un sistema Federal, introdujo, por un lado, un mecanismo por el cual se resolvían los conflictos entre órganos supremos y de naturaleza política (artículo 108¹⁰²); y por otro, un mecanismo de control de la compatibilidad de las normas de los *Länders* respecto del *Reich* (artículo 13¹⁰³). Ahora bien, cabe mencionar que la Constitución de Weimar no hacía referencia alguna a un control constitucional material de las normas, no porque significara un asunto menor,

¹⁰¹ Andrés Ribas Maura, *La cuestión de inconstitucionalidad* (Madrid, Civitas, 1991), 24.

¹⁰² Artículo 108. La jurisdicción ordinaria se ejercerá por el Tribunal del Imperio y los Tribunales de los Países, Constitución de Weimar, 1919.

¹⁰³ Artículo 13. El derecho del Imperio prevalece sobre el de los Países: Si existe duda o desacuerdo sobre si una disposición del derecho de un País es conciliable con otra de derecho del Imperio, la autoridad central del Imperio o del País en cuestión podrá, en las condiciones que ulteriormente serán fijadas en una ley de Imperio, provocar una resolución de un Tribunal superior del Imperio. Constitución de Weimar, 1919.

pues se suscitó un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de tal control, de allí que se llevara a cabo lo que se denominó “la batalla para el examen jurisdiccional de las leyes”.

El debate en cuestión se inició con motivo de la aplicación del Art. 109¹⁰⁴ de la Constitución y la declaración sobre la igualdad ante la ley de todos los alemanes. La discusión se concentró en establecer si el Principio de Igualdad constituye un principio meramente formal o un principio material que obligase también al legislador.

Durante el desarrollo del Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, celebrado en Münsteren 1926, Arthur Kaufmann, desde lo que luego se denominó la “Teoría de la Comunidad del Pueblo” o *Volksgemeinschaft*, expuso que el artículo 109 “imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador”, y con esto al “*fin de la soberanía de la ley*”.¹⁰⁵

Entre fines del siglo XIX y principios del XX, algunos sectores doctrinales de Alemania, como lo sería la *Escuela Libre del Derecho*, “defendía[] la (...)peligrosa¹⁰⁶ pretensión de reconocer a los jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de los valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico”, de manera que el Estado de Derecho pasó a concebirse “...como Estado sujeto al derecho, y no a la ley, con lo cual se sustituía el Principio de Legalidad por el de juridicidad, y con esto el principio aquel

¹⁰⁴ Artículo 109 “Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos. Los privilegios o interioridades de Derecho público que deriven del rango o el nacimiento quedan suprimidos. Los tratamientos de nobleza, sólo subsistirán como parte del nombre y no se concederán en lo sucesivo. Los títulos no se darán más que cuando designen cargo o profesión; esto no afecta a los grados académicos. El Estado no otorgará condecoraciones ni distinciones honoríficas. Ningún alemán podrá aceptar de un Gobierno extranjero títulos u órdenes. Constitución Weimar, 1919.

¹⁰⁵ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 15

¹⁰⁶ El calificativo de “peligrosa” está tomado textualmente del autor; no obstante, coincidimos ampliamente en tal afirmación dado que –como lo desarrollaremos más adelante– las apelaciones a valores supone conferir validez jurídica a elementos morales, que aunque coincidieran con una eventual moral social, –por decirlo poco– sobrepasan las atribuciones de un juez, ampliando excesivamente sus funciones. No cabe duda que esto supone desde hace varias décadas un intenso debate teórico, que consideramos que en el derecho actualmente se encuentran representadas en posturas como: *constitucionalismo incluyente*, *neoconstitucionalismo*, *iusnaturalismo racional*, *iusmoralismo*. Estas corrientes teóricas, (con las debidas diferencias que a cada una le corresponde) consideramos que guardan en común dos aspectos: i) considerar a los valores como cognoscibles, es decir, un realismo moral, y, ii) que tales valores integran el ordenamiento jurídico, a manera de principios generales, derechos humanos, y que son obligatorios.

que establece que el derecho era producto exclusivo del legislador, y quedaba con ello relativizado.”¹⁰⁷

A pesar del intenso debate generado alrededor del Principio de Igualdad como criterio de control material, en el ámbito judicial este Principio se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional a través del cual los jueces estaban facultados para decidir sobre las valoraciones del legislador, particularmente, si tales valoraciones guardaban correspondencia con la "naturaleza de las cosas" y como tal, acordes a un orden superior de valores, tan vagos e imprecisos como la noción de verdad y bien.¹⁰⁸

Es importante señalar que la antesala al Congreso de Münster, se encuentra en una sentencia de la Cámara Civil Quinta del *Reichsgericht* de 1925, la cual resolvió que la sumisión del juez a la ley, no excluye que el mismo rechace la validez de una ley *del Reich*, cuando la misma esté en contradicción con otras que considerare preeminentes, y como tal, también observadas por el juez.¹⁰⁹ Se trataba entonces de un argumento por el cual los jueces apelaban a su sometimiento a la Constitución, como norma preeminente a una ley del *Reich*. A partir de este argumento según lo menciona el autor, quedaba reconocido un Control Judicial de Constitucionalidad.

3.3.1. Kelsen contra la “teoría de la comunidad del Pueblo”.

Según Fernández Segado, Kelsen vinculará la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva, con el cambio en la estructura política del órgano legislativo, constatando que el órgano judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos.”

Kelsen por supuesto, cuestionó firmemente la postura Alemana de la *Volksgemeinschaft* que se expuso en Münster, objetando principalmente la tesis de Kauffman, al advertir en éstos, los peligros que un "romanticismo jurídico" sustentado en la idea de una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular, es decir un subjetivismo radical. El juez debía, en su opinión, limitarse exclusivamente a la aplicación de la ley mediante operaciones lógico-silogísticas.

¹⁰⁷Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 15.

¹⁰⁸Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 15.

¹⁰⁹*Ibid.*, 17. Resulta llamativo el argumento muy cercano al del Juez Marshall en 1820.

No cabe duda entonces que la idea kelseniana de un Tribunal Constitucional que controle en abstracto la constitucionalidad, demandaba objetividad y racionalidad evitando con ello “el gobierno de los jueces” rama tradicionalmente conservadora y antidemocrática, a la cual mostraba por supuesto desconfianza, no así al Parlamento.

La experiencia de Austria previo a la Constitución de 1920, había mostrado algunos indicios de un control de constitucionalidad, aunque no de las leyes, si en manos del órgano judicial; de allí que tras la aprobación de la Constitución, Kelsen haya hecho un llamado sobre el peligro de consignar expresamente tal facultad a los jueces en un sistema de *Civil Law* como el austriaco, que lo condenaba a un escenario donde primaría la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales.

En este mismo sentido, el modelo Austriaco de Tribunal Constitucional kelseniano, se caracterizó por ser un “legislador negativo” en el propósito de concebirlo como un órgano complementario al Poder Legislativo, de manera que la anulación¹¹⁰ de las leyes no podía suponer una mera inaplicación de la ley al caso concreto, sino que debía llevar el mismo carácter de generalidad que su promulgación. Kelsen por consiguiente, no pretende alterar la división de poderes.

3.4. Democracia y Constitución en los modelos clásicos.

De lo señalado hasta aquí, no queda duda que los dos modelos de control de constitucionalidad originarios lleven por detrás una impronta política e ideológica que constituya la última *ratio* de su bipolaridad. El modelo norteamericano da un voto entero de confianza al juez; en tanto que el modelo kelseniano muy por el contrario, constituye una frontal declaración de desconfianza a los jueces, una rama aristocrática y de vocación autoritaria¹¹¹, en defensa de la seguridad jurídica y el Principio de Supremacía Parlamentaria.

A partir de estos presupuestos, era lógico que la doctrina confrontara y diferenciara dos modelos de control constitucional, uno que de realce al juez, y otro al legislador. Se caracterizó así al modelo difuso como incidental, especial, declarativo y facultado a todos los órganos jurisdiccionales. En tanto que el sistema concentrado se

¹¹⁰ Kelsen entiende que la anulación supone antes que nada una garantía objetiva de la regularidad del ordenamiento jurídico, mediante el cual un acto que pretende ser jurídico, requiere de otro acto para que declare su irregularidad a posteriori. Ver Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), (México, UNAM, 2001), 12-15.

¹¹¹ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 24.

caracterizó por ser principal, general, constitutivo y facultado a un solo órgano especializado.

Esta distinción según las características de los modelos, se verá relativizada a partir de la Segunda Posguerra, aunque, conforme lo señala Fernández Segado, incluso antes ya se evidenciarán hechos (como la reforma austriaca de 1929) que agrietarán la aparente solidez del binomio¹¹².

En *La garantía jurisdiccional de la Constitución*¹¹³ Kelsen explica que a partir de la inclusión de los Derechos Fundamentales en las Constituciones modernas, se modifica el panorama del control de Constitucionalidad, en tanto la Constitución se torna en una norma que no solo vincula al legislador, y como tal la ley, sino que ahora hay una relación (a veces directa, a veces indirecta) con normas infralegales, pues la Constitución introduce contenidos materiales que se irradian sobre todo el ordenamiento jurídico.

Con la inclusión de los derechos fundamentales y la concepción de la Constitución como norma con eficacia directa y obligatoria para toda autoridad, el escenario en Europa transforma la forma de concebir el Control de Constitucionalidad. De esta manera, luego de la implementación de modelos de Justicia Constitucional, y terminada la Segunda Posguerra, en Italia y Alemania aconteció que se desarrolló una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, y con ello, los Tribunales constitucionales fueron adaptados como una jurisdicción antes que un *legislador negativo*, hasta llegar a adoptar el elemento difuso en una estructura fuertemente concentrada como lo es la *Cuestión de Constitucionalidad, o Quistioni di Legittimità Costituzionale* en Italia.

¹¹² La Reforma Constitucional austriaca de 1929, amplió la legitimación para recurrir las leyes por vicios de inconstitucionalidad. Si bien previo a la reforma de 1929, la Constitución habilitaba a los tribunales a que en caso de dudas sobre la ilegalidad de un reglamento que deban aplicar, puedan suspender el procedimiento y requerir al Tribunal Constitucional para su nulidad por vicio de ilegalidad. Con la reforma posterior, se amplió la legitimación al Tribunal Supremo y al Tribunal de Justicia Administrativa para recurrir leyes ante el Tribunal Constitucional. Según la Reforma, las partes de una litis en donde cualquiera de estos órganos tuviera conocimiento, podía plantear el problema de la constitucionalidad de la ley que se aplica al caso; pero en definitiva era el Tribunal Constitucional el que dictaba la decisión, de manera que no se rompió totalmente el monopolio del control de constitucionalidad. La posibilidad del Tribunal Supremo y de Justicia Administrativa de acudir al Tribunal Constitucional, implicaba que éstos llevaran a cabo un primer juicio de constitucionalidad, en donde se sustentara el planteamiento de la cuestión, en cuyo caso, como lo señala la doctrina española, el Tribunal Constitucional solo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales.

¹¹³ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), (México, UNAM, 2001)

En estas condiciones de expansión de la Justicia Constitucional, según lo menciona Fernández Segado, tiene lugar una mixtura e hibridación de los modelos clásicos, que se une a la convergencia de elementos antes concebidos como contrapuestos, que conducirá a muchos teóricos a hablar de una tendiente y cada vez más aguda *unificación del binomio*. Esta situación permite al autor concluir que hay una pérdida de utilidad analítica de la bipolaridad "modelo americano - modelo europeo-kelseniano" por lo que se torna imprescindible una nueva tipología que dé cuentas de la situación actual de la justicia constitucional. Esta nueva tipología como se desarrolla a continuación, debe tomar en cuenta y por lo tanto clasificarse en dos: *i)* el control de la ley, y; *ii)* el control de la aplicación de la ley. La primera caracterizada por la ausencia de todo tipo de conflicto de intereses y el segundo por el contrario con un fuerte componente de intereses.

3.5. El quiebre frontal del "Legislador Negativo"

En línea con lo anterior se puede afirmar que existe una tendencia de los Tribunales Constitucionales en ejercer cada vez más un rol normativo positivo, por lo tanto ya no solo negativo. Esto, según lo ha indicado Pizzorusso, es una novedad dado que no es recurrente ni en el propio sistema norteamericano en donde la regla del *staredecisis*, ejerce alguna persuasión sobre los Tribunales de Justicia, pudiendo tornarse en fuente, ni mucho menos en el modelo Austriaco-kelseniano, las decisiones de los jueces constituían fuente de derecho en sentido estricto.

La peculiaridad de este tipo de sentencias, es por cuanto en el modelo original kelseniano, la idea del "legislador negativo" obedecía a una complementariedad del Tribunal Constitucional con el Parlamento, a quien correspondía regular de manera abstracta las conductas. De esta manera, según Fernández Segado, que un Tribunal Constitucional tenga a su saber supuestos de hecho y controversias concretos, no lograba evitar la apreciación de éstos, de manera que el Tribunal ejercerá un enjuiciamiento sustentado más en el terreno de la oportunidad que en el de la normatividad.

Lo anterior llevó a que el propio maestro de la Escuela de Viena relativice el rol de "legislador negativo" del Tribunal Constitucional, en función de las dificultades que se presentaban en los ordenamientos jurídicos tras la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, en tanto generaban un vacío jurídico. De esta

manera para Kelsen, la declaratoria de inconstitucionalidad, y como tal la anulación de la norma general, requería que el mismo órgano establezca la entrada en vigor de las normas que estaban vigentes previo a la ley que se declaró inconstitucional. Se trata entonces de una facultad de restablecimiento, de manera que, no solo se trataba de un acto negativo de legislación, sino también de uno positivo. Será Zagrebelsky quien retome esta idea kelseniana en Italia, haciéndola extensiva no solo al Tribunal Constitucional, sino a todos los operadores jurídicos, principalmente de los jueces ordinarios.¹¹⁴

El paso de los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos, a una verdadera jurisdicción nos dan cuenta también del acercamiento de los sistemas.

En Italia, según Mudogno, citado por Fernández Segado,¹¹⁵ la función de la *Corte Costituzionale* no ha sido solo la de un legislador negativo, sino primordialmente una función colateral en el sentido de que forma los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas necesarias para cubrir las eventuales lagunas subsiguientes a las sentencias de inconstitucionalidad. Así la Corte, según Fernández Segado, asume una función que se la puede calificar de impulso e iniciativa calificada.

En España por otra parte, el Tribunal Constitucional adoptó una vía distinta. Mediante sentencias “manipulativas” u exhortativas, el órgano de control constitucional estableció pautas que después serían tomadas por el legislador.¹¹⁶ En Italia mientras tanto, Zagrebelsky, miembro de la *Corte Costituzionale* señalaba como inadmisibles las sentencias “manipulativas”, por considerarlas una función evidentemente “para legislativa”, esto es, sustitutiva de las funciones Parlamento y extrañas a las de la Corte. En Austria el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) fija un plazo para la entrada en vigor de la sentencia de anulación, es decir que confiere un tiempo al legislador dentro del cual, o bien se adecúa la norma, o promulga una nueva que evite la laguna normativa. En Alemania, se practica la fórmula de la “interpretación conforme a la Ley Fundamental” la misma que, según Fernández Segado, interfiere aún más en la libertad del legislador cuando implica efectos *erga omnes*, dado que la ley que se dicte deberá ser interpretada conforme a la sentencia del TC. Francia por otra parte ha tendido a dictar sentencias

¹¹⁴ Gustavo Zagrebelsky, *La justicia constitucional* (Bologna, Il Mulino, 1977), 160

¹¹⁵ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 160.

¹¹⁶ Sentencia 35/1983 TCE, sobre Derecho de Rectificación. Lo que en términos de Roberto Gargarella constituiría un “Constitucionalismo dialógico”, Ver Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, (Buenos Aires, Siglo XXI, 2014).

declarando la “constitucionalidad condicionada”, es decir que, la norma sometida a control se declara constitucional, bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias.

Es importante mencionar la aclaración del autor sobre el quiebre de la idea de Legislador Negativo. Según Fernández Segado, no se puede considerar que el Legislador Negativo excluya las decisiones que alteren o innoven el ordenamiento jurídico. La particularidad que hoy se muestra en los países cuyos modelos son de raíz kelseniana, es que los Tribunales Constitucionales exceden a la "naturaleza" de ese legislador negativo, y caen por tanto en el ámbito de la creación de derecho, es decir, en el ámbito exclusivamente legislativo.

3.6. La centralidad del modelo americano en el proceso de convergencia.

Llegado a este punto, se podría afirmar casi sin dudar que existe un acelerado acercamiento de los dos sistemas clásicos. En este sentido, autores como Pizzorusso, son de la opinión que en este acercamiento el modelo norteamericano ha adquirido cierta centralidad, que responde a circunstancias históricas que, como señala Fernández Segado, "mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico..."¹¹⁷ con lo cual, los constituyentes de la segunda posguerra viabilizarán un mecanismo de control de constitucionalidad que en primera instancia precautele derechos ante una legislación arbitraria. En tal contexto, la noción de Constitución también se modificará, y como tal, se acercará a la idea norteamericana, es decir como *higherlaw*, lo cual implica una norma de igual naturaleza que la ley, "pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a la Constitución".¹¹⁸

Esta noción de Constitución como norma con eficacia superior, tiene íntima relación con la idea de *un orden de valores* que vincula directamente a los tres poderes estatales, antes que por una pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución. Esos valores además, se consideran anteriores a la propia Constitución, es decir, no son creados por ésta sino que han sido reconocidos y garantizados por las Normas Fundamentales de los Estados, a través de los derechos fundamentales.

¹¹⁷ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 60.

¹¹⁸ *Ibíd.*

La idea de derechos “preconstitucionales” se sustenta o justifica en la concepción de dignidad humana, es decir, en tanto el ser humano es en sí mismo digno, entonces le corresponde “naturalmente” tales derechos; de allí que, como bien lo menciona Fernández Segado, estos valores encuentran su fundamento en una idea de hombre que descansa en los valores de la cultura occidental. Diríamos nosotros, racionalidad y universalidad.¹¹⁹

En definitiva se trata que la Constitución se encuentra ahora sustentada en un conjunto de valores que se van a traducir en una Declaración de Derechos, a los cuales están sujetos todos los poderes, inclusive el poder legislativo.

A pesar de la influencia que la concepción de Constitución llega a tener en Europa, es importante mencionar que el Principio de sujeción a la ley se mantendrá indiscutido, de allí que en Alemania e Italia, aunque la noción de Constitución cambie, no por ello se admitió inaplicar una ley que consideren contraria a la Constitución, aun cuando el rol de los jueces se vea potenciado, y se lo tenga como una pieza clave del Estado de derecho.

Según Fernández Segado, aunque el Poder Judicial se mantenga sujeto a la ley, no impedirá a éstos ejercer la tutela de los derechos mediante la *aplicación inmediata y directa de la Constitución*, como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos, aunque no mediante la inaplicación de normas, sino mediante el juicio de constitucionalidad previo que realizan en las causas que estuvieran conociendo, que les permite paralizar el litigio previo a dictar sentencia a la hora de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el órgano de control. Es por esto que se dice que el Tribunal Constitucional ha perdido el monopolio del control de constitucionalidad “residenciándose en él tan solo un monopolio de rechazo...”¹²⁰

No queda duda entonces que son los hechos previos a la Segunda Guerra Mundial los que trasladan la atención del juez al legislador, como el nuevo personaje a quien controlar, o en términos de Fernández Segado, “el más peligroso enemigo del

¹¹⁹ Sin ser este el espacio para mencionar el fundamento de los Derechos Humanos, es importante señalar al respecto, que la doctrina no es homogénea en establecer el fundamento de los derechos humanos. Un trabajo de Robert Alexy da cuenta de la diversidad de enfoques al respecto desde un cognitivismo o no escepticismo moral, pero desde una postura cognitivista o de escepticismo moral un fundamento con rasgos de universalidad es negado. Robert Alexy, “¿Derechos Humanos sin metafísica?”, en *Sobre la Teoría de los derechos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 30, 2007, 237-248.

¹²⁰ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 65-68.

ordenamiento constitucional de los derechos"¹²¹; con lo cual se torna la vista hacia el constitucionalismo norteamericano, que como se indicó, supone una idea de Constitución sustentada en valores materiales que se impone a todos los poderes, dotando a los jueces de un rol distinto al que tenían en la Alemania Weimariana, pero que sin embargo no los permite dejar de estar *sujetos a la ley*.

3.7. Mixtura e hibridación de sistemas clásicos.

Para cerrar este capítulo, podemos mencionar a manera de conclusión que el período que le siguió a la Segunda Guerra Mundial siguió de cerca los pasos del Constitucionalismo norteamericano, en lo concerniente a la noción de Constitución, lo cual no tardó en generar consecuencias en el mecanismo de control constitucional. Será entonces a partir de esto, que se producirá lo que Fernández Segado denomina la "Hibridación del modelo kelseniano", manifestada inicialmente con la introducción en Italia de la *questini di legittimità costituzionale*.

Según el autor, este proceso de hibridación no ha dejado de crecer, lo que ha ocasionado que sea cada vez más profunda. Para algunos autores incluso, es posible hablar de un *tercer modelo*, que combinaría elementos del modelo americano y del kelseniano con la característica que el control permanecería en manos de un órgano centralizado, pero no en una forma monopolizadora, pues el inicio de un proceso de control dará cuenta de elementos del modelo difuso. No obstante, con este *tercer modelo* -según Fernández Segado- no se podría incorporar a países en los cuales conviven ambos modelos de manera separada, de manera que la identificación y diferenciación de la bipolaridad difuso-concentrado merecería ser mantenida¹²². Tal sería el caso de Grecia y Portugal, y en lo que nos corresponde en Latinoamérica, Chile, Colombia, y Ecuador.

El recorrido que desarrolla Fernández Segado en Europa y América Latina en materia de control de constitucionalidad da cuenta, de la cada vez más débil línea que divide el modelo kelseniano y norteamericano. Varios de los países que adoptaron inicialmente modelos de un legislador negativo, se han acercado a modelos difusos, y de igual forma en vía contraria los países que tradicionalmente incorporaron sistemas

¹²¹Ibíd., 69.

¹²²Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 94.

difusos, hoy incorporan medidas que los aproximan a la idea kelseniana. De manera que hay una aproximación de doble vía y como tal una hibridación de los sistemas actuales.

En un escenario como este, resulta imposible no cuestionar la clasificación bipolar tradicional, y en esa línea es que han surgido propuestas diversas que reconozcan y recojan los nuevos escenarios. Consideramos aquí que la tipología clasificatoria que desarrolla Fernández Segado es quizá la que de mejor manera incorpora los distintos modelos actuales de control constitucional. Para Fernández Segado el punto de partida es la distinción entre: i) el control de la ley al margen de su aplicación, y; ii) el control con ocasión de la aplicación de la ley.

El *control de la ley al margen de su aplicación*, implica que el mismo se desarrolla en ausencia de un litigio judicial previo, y en particular, de cualquier conflicto de interés subjetivo. Contrariamente el otro tipo de control, el que se desarrolla *con ocasión de la aplicación de la ley*, se desencadena *necesariamente* con ocasión de una litis que implique intereses subjetivos contrapuestos.

En esta nueva tipología, es posible introducir mecanismos como la *Cuestión de Inconstitucionalidad* o *Cuestión de constitucionalidad*, que, en una tipología que conserva la bipolaridad control abstracto/control concreto, no permitía encasillarla, dado que la concreción se encuentra al inicio, en el planteamiento, pero convive con la abstracción del enjuiciamiento.¹²³

Las características de estos dos modelos según Fernández Segado son las siguientes.

En el modelo de control de la ley, encontramos una suerte de subclasificaciones.

- Según el momento en que se lleve a cabo del control de la ley será: Control previo o control sucesivo. Este último puede a su vez dividirse en un control con límite temporal de verificación y sin límite.
- Según la naturaleza del interés constitucional puede ser control objetivo, o control competencial. El control objetivo procura el orden constitucional, en tanto que el control competencial tiene que ver con las competencias de los distintos entes territoriales.

¹²³*Ibíd.*, 136.

En el modelo del control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, según Fernández Segado se presentan tres variables.

- Según la competencia, puede estar encargada a una pluralidad de órganos o a un único. Lo que vendría a significar la clásica división entre control difuso o concentrado.
- Según la instancia desencadenante se encuentran 3 modalidades:
 - Por un órgano jurisdiccional, en donde estaría inmersa la cuestión de inconstitucionalidad.
 - Por una persona lesionada en sus derechos. Fernández Segado no piensa aquí únicamente en mecanismo de amparo de derechos, sino en procesos en los cuales una persona pretende plantear el control de constitucionalidad de una ley que "aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecta la esfera de intereses legítimos del individuo en cuestión"¹²⁴. Entonces, si bien no existe un acto de aplicación, la "naturaleza" de la norma, autoaplicativa, ocasionan el control.
 - Por un órgano constitucional estatal, en aquellos casos que reivindican una atribución que consideran asumida indebidamente por otro órgano estatal.
 - Por entes territoriales -en Estado Federal- , cuando reivindican la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial
- Según la eficacia de la sentencia pueden ser con efectos concretos o *inter partes*, y generales o *erga omnes*.

¹²⁴Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 138.

Capítulo Cuarto

La consulta de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

4.1. Análisis jurisprudencial. Criterios y estadísticas

En esta sección, pretendemos recoger los criterios elaborados por la Corte Constitucional en torno a la consulta de constitucionalidad. El análisis ha sido elaborado a partir de la revisión de las 134 sentencias, correspondientes a 222 casos resueltos entre 2008 y 2015 por parte de la Corte Constitucional. El análisis ha sido fragmentado anualmente, tomando en cuenta que el tiempo promedio entre el ingreso y resolución de las causas es de un poco más de un año, y a partir de este criterio es posible identificar en nuestro análisis, tres momentos relevantes del desarrollo jurisprudencial en las consultas de constitucionalidad.

Entre 2008 y fines de 2009 el primer momento va desde la aprobación de la Constitución en octubre de 2008, a octubre de 2009 cuando entra en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad (LOGJCC). El segundo momento irá de 2010 a 2012, es decir desde la entrada en vigencia de la LOGJCC hasta antes de la expedición de la sentencia 001-13-SCN-CC (febrero 2013). Y un último momento va desde que se dicta la sentencia mencionada a 2015.

A partir de estos tres momentos, es posible evaluar cómo la Corte Constitucional no ha sostenido un criterio uniforme respecto a la naturaleza jurídica de la consulta de constitucionalidad, particularmente sobre las condiciones de admisibilidad de la misma, debido principalmente a la escasa regulación en la normativa positiva vigente. De allí que, en tanto la normativa (Constitución, LOGJCC y jurisprudencia) va siendo más específica mayor es la claridad y menor la contradicción en los criterios.

Aunque la Corte muestra vaivenes en los criterios que ha ido sentando, se puede observar con mayor claridad que desde 2013 a partir de la sentencia 001-13-SCN-CC, cuando la Corte Constitucional dicta las reglas de admisibilidad o presupuestos para plantear una consulta de constitucionalidad, los criterios se van fortaleciendo y esclareciendo hasta la actualidad. El esclarecimiento, según se puede apreciar de las

sentencias, no es solo en la propia Corte Constitucional, sino particularmente en los jueces ordinarios, quienes tras la sentencia antes mencionada han sido más cautelosos a la hora de plantear sus consultas¹²⁵.

Como se evidenciará a continuación, existe entonces un antes y un después en la consulta de constitucionalidad cuando la Corte fija las reglas de admisibilidad (2013). El período comprendido entre 2008 y 2012 conforme lo veremos, se caracteriza no solo por desarrollos de criterios difusos, sino principalmente contradictorios. La Corte afirma por momentos la prohibición de inaplicación, y posteriormente habilitará la misma. Asimismo, por momentos insiste en la necesidad de certeza para plantear la consulta, y en otro momento sugiere que basta una duda.

El análisis jurisprudencial en definitiva, ha dado cuenta del largo trayecto que la Corte Constitucional dejó pasar hasta consolidar criterios cada vez más claros con respecto a la consulta de constitucionalidad. Consideramos además que aún restan asuntos pendientes por resolver, pero que sin embargo el avance ha sido importante y prueba de ello son los asuntos cada vez más relevantes y específicos que la Corte Constitucional ha podido resolver a través de la cuestión de constitucionalidad, y que no hubieran sido posible plantearlos mediante un control abstracto, sino en la aplicación misma de la norma en los casos concretos. Tal es el caso de las consultas presentadas por Justicia Indígena (el caso La Cocha¹²⁶, el caso de la comunidad Samana de delitos sexuales ante la justicia indígena¹²⁷), el caso de los Waorani sobre los delitos de genocidio.

¹²⁵ Esto se puede evidenciar además en el segundo proceso de encuestas planteadas a los jueces en 2015. En las 74 encuestas formuladas a nivel nacional mediante un software en línea (QuestionPro ©), el 77% de los encuestados respondieron que corresponde suspender la tramitación de la causa y elevar en consulta a la Corte Constitucional cuando consideren una norma contraria a la Constitución, y un 15% aún considera que se debe inaplicar. No obstante, cuando se consultó cuándo se consulta a la Corte Constitucional, las cifras se muestran menos dispares. El 54% considera que la consulta se lleva a cabo “solo si se considera la norma contraria a la constitución”, y el 37% “solo si tiene duda razonable y motivada”. Cabe mencionar que esta última cifra era más próxima 1 semana antes de finalizar la encuesta. Los datos indicaron durante la mayor parte del tiempo una profunda división (50-50) entre ambos criterios.

¹²⁶ Sentencia 006-14-SCN-CC, caso 0036-10-CN, de 11 de septiembre de 2014. Corte Constitucional del Ecuador.

¹²⁷ Sentencia 004-15-SCN-CC, caso 0519-12-CN, de 8 de abril de 2015. Corte Constitucional del Ecuador.

4.2. Estadísticas previas

Previo a entrar en el análisis de los criterios de la Corte nos referiremos brevemente a algunos datos que consideramos relevantes en el análisis jurisprudencial.

El 60% de las consultas resueltas por la Corte se concentran en 2010 y 2013 (30% en cada año), en segundo lugar está el año 2011 con el 19%, seguido por los años 2012 y 2014, con un 9% cada uno, un 3% corresponde a 2015 (aunque el cierre fue mayo) y el 1% en 2009. En 2008 no se resolvió ningún caso.

De los 222 casos resueltos entre 2008 y mayo 2015, el 36,5% de ellos corresponde a consultas provenientes de jueces en materia penal, seguida por un 18% de jueces laborales, un 15,3% en materia tributaria, un 12,6% civil y 6,8% en materia administrativa.¹²⁸

Las normas más cuestionadas en su constitucionalidad fueron la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (34 casos), la Ley reformativa a la equidad tributaria (26 casos), el Código Penal (19 casos), la Ley orgánica de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial (18 casos), el Código de Procedimiento Civil (15 casos), la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (13 casos), el Código de Procedimiento Penal (12 casos), el Código Orgánico de la Función Judicial (11 casos) y el Código de Trabajo (9 casos), seguido de 48 normas más¹²⁹.

El tiempo que tarda la Corte en resolver las consultas planteadas es el dato que ha resultado más llamativo del análisis jurisprudencial. Solamente en 6 casos (2,7%) la Corte cumple con los plazos establecidos en la Constitución y la LOGJCC (45 días). El 38% de las causas tardan entre 3 y 9 en resolver, otro 25% tarda entre 9 y 18 meses, llegando incluso a identificarse causas en las cuales el tiempo transcurrido ha llegado a

¹²⁸ En menor porcentaje se encuentran jueces de la Niñez y Adolescencia, Tránsito, jueces de contravenciones, Intendentes de Policía, Unidades contra la Violencia de la mujer y la Familia, y jueces de inquilinato.

¹²⁹ Entre ellas el Código de Procedimiento Penal, la Ley Reformativa para la equidad tributaria, el Código Civil, la Ley de Reforma a las finanzas públicas, El código orgánico de la Función Judicial, la Ley reformativa al título V, libro II del Código Orgánico de la niñez y adolescencia y tabla de pensiones alimenticias mínimas, Ley de caminos, Ley orgánica de empresas públicas, Ley contra la violencia a la mujer y la familia, Ley de gestión ambiental, el Decreto ejecutivo 1442, la ley de la jurisdicción contenciosa administrativo, la Ley de modernización del Estado, la Ley de Aduanas, Ley de personal de la comisión de tránsito del Guayas, el Código de comercio, la Ley de propiedad intelectual, ley para la reforma de las finanzas públicas, Código tributario, el reglamento general a la ley de radiodifusión y televisión, la ley de servicio militar obligatorio, ley de deporte, educación física y recreación, la ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre y varias otras resoluciones de instituciones públicas.

53,5 meses de demora. Lo preocupante de todo esto, está en el hecho que la Corte ha hecho llamados de atención en varias ocasiones a los jueces que, habiendo elevado la consulta, no han mantenido suspendida la causa hasta el pronunciamiento de la Corte, cuando la propia Constitución establece que si transcurrido ese tiempo la Corte no se pronuncia, el juez consultante deberá continuar con la tramitación de la causa.

En el año 2014 se concentra en mayor medida los casos que han tardado más de 42 meses en ser resueltos (42% de los casos en ese año), en tanto que el tiempo promedio (13,5 meses) se ubica en mayor proporción en el año 2012 (37% del total del casos en ese año)

Otro dato interesante arrojado en el análisis jurisprudencial está en las decisiones de la Corte Constitucional. El 55,4% de los casos han sido negados, porcentaje que se torna relevante a partir de 2012 cuanto los criterios en torno a la admisibilidad de las consultas se van tornando cada vez más precisos. Este porcentaje corresponde a consultas rechazadas directamente, y que por tanto la Corte no elaboró mayor análisis de la constitucionalidad o no de las normas consultadas. El 10% de los casos han correspondido a casos en los cuales efectivamente se han declarado inconstitucional las normas, cifra que es más concentrada en 2010 y posteriormente en 2014.

4.3. En 2009, la consulta como mecanismo de control abstracto.

Durante todo el año 2009, la Corte enfoca el análisis de la consulta de constitucionalidad, refiriendo solamente el cambio de sistema que se desarrolla tras la aprobación de la Constitución de 2008, indicando que tal hecho constituye “una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, es decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad”, precisando además que en el modelo de la Constitución de 1998 se “habilitaba a cualquier juez para declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que consideraba contraria a la Constitución de ese entonces...”¹³⁰

Por otro lado, entre 2008 y 2009 la Corte solamente señalará que la consulta de constitucionalidad tiene como finalidad pronunciarse “...respecto de si las normas que el juez o tribunal debe aplicar en la tramitación de las causas sometidas a su

¹³⁰ Sentencia 002-09-SCN-CC, caso 004-09-CN, 14 de mayo de 2009, Corte Constitucional del Ecuador.

conocimiento, son o no contrarias a los preceptos contenidos en la Constitución de la República o los tratados internacionales de derechos humanos.”

Como se puede observar, en 2009, la Corte Constitucional no hace referencia a la “duda razonable y motivada” lo cual responde a que la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional entra en vigencia recién a finales de 2009, con lo cual la Corte apoyaba sus funciones a más de la Constitución, en las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de competencias de la Corte Constitucional, norma que respecto a la consulta de constitucionalidad señalaba:

Art. 39.- Consulta de constitucionalidad.- Para el control concreto de constitucionalidad previsto en el Art. 428 de la Constitución, se observará lo siguiente:

La consulta deberá ser remitida a la Corte Constitucional debidamente motivada sobre la norma que se considera inconstitucional.

Art. 40.- Trámite.- Recibida por la Corte Constitucional, la consulta de constitucionalidad seguirá el mismo trámite de ingreso, admisión, sorteo y sustanciación previstos en las disposiciones comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional de estas reglas. El Pleno resolverá en el plazo señalado en el Art. 428 de la Constitución.¹³¹

Como se puede apreciar, las normas en cuestión no marcan ninguna diferencia o aporte a lo que ya está incorporado en la Constitución.

Por otra parte en este mismo año, la Corte llega a vincular la consulta de constitucionalidad con el control abstracto, cuando señala que la misma “permite la aplicación de la Constitución de forma directa, ya que mediante el control abstracto de constitucionalidad, las normas, sobre cuya consulta se absuelve, podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico.”¹³²

¹³¹ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008.

¹³² Sentencia No.- 001-09-SCN-CC, caso 002-08-CN, 14 de mayo de 2009, Corte Constitucional del Ecuador.

4.4. En 2010, la consulta como mecanismo de control concentrado y difuso.

En 2010 la Corte Constitucional, refiriéndose a la naturaleza jurídica de la consulta de constitucionalidad, establece que esta “función consultiva” es de amplio alcance en tanto constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes de la justicia ordinaria, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de los mandatos constitucionales y tender a la coherencia del ordenamiento jurídico”¹³³

Dando un nuevo giro al criterio sentado con anterioridad, en 2010 la Corte Constitucional refiere que, si bien la consulta de constitucionalidad supone un control concreto, el mismo se lo hace “bajo los parámetros de la acción de inconstitucionalidad”, por lo que –citando un artículo alusivo al modelo Colombiano– esta acción es un mecanismo de control de constitucionalidad concentrado”¹³⁴ Añade además que la defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, cuya tarea incluye a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción, dentro de los cuales la “acción” de consulta de constitucionalidad está dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución, así como de los derechos reconocidos en la Constitución.

En 2010 además, la Corte Constitucional indica que en las consultas de constitucionalidad es obligación de ésta llevar a cabo un control integral, con lo cual amplía su barrera de acción, que un instituto procesal como la consulta de constitucionalidad lleva implícito, en cuanto señala que “la norma legal consultada (...) se confronta con la totalidad de los preceptos de la Constitución a fin de garantizar de esta manera su supremacía e integridad. En consecuencia, la sentencia de la Corte puede fundarse en normas de la Constitución no invocadas por el demandante.”¹³⁵

Más adelante este criterio será tácitamente eliminado con aquel requisito que establece la Corte de que las consultas deben mencionar expresamente y de manera motivada cuáles son las disposiciones constitucionales que resultan vulneradas por la norma elevada en consulta.

¹³³ Sentencia 25-10-SCN-CC, caso 001-10-CN, 24 de agosto de 2010. Corte Constitucional del Ecuador

¹³⁴ Sentencia 004-10-SCN-CC, caso 0025-09-CN, 25 de febrero de 2010, Corte Constitucional del Ecuador

¹³⁵ Sentencia 13-10-SCN-CC, caso 041-09-CN, 10 de junio de 2010, Corte Constitucional del Ecuador.

En esta etapa además, las sentencias de la Corte Constitucional son enfáticas en mencionar que la consulta de constitucionalidad “podrá ocuparse también de violaciones a garantías o derechos individuales o colectivos, según el caso.”; criterio que al igual que el anterior, al finalizar 2013 en adelante será negado en varios casos en los cuales, a criterio de la Corte, los jueces señalan violaciones en la aplicación de la norma y no una contradicción de la norma en general frente a la Constitución.

En 2010 al igual que en 2009, la Corte Constitucional insiste en que la consulta de constitucionalidad “...implica un cambio del modelo jurídico”¹³⁶, no obstante, usando la tesis de la jurista colombiana Claudia Escobar García, sostiene que “...todos y cada uno de los jueces son considerados constitucionales, y en este sentido cada uno de ellos debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajusten a los preceptos constitucionales; por este motivo, cuando la aplicación de una norma jurídica al caso particular genera una situación de inconstitucionalidad, el juez debe inaplicarla”.¹³⁷

Hay que tomar en cuenta que para 2010 la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional se encuentra vigente, no obstante el problema en torno a la “duda razonable y motivada” no es aún motivo de análisis y discusión por parte de la Corte, sin embargo ella sí generará una dificultad sobre la posibilidad de inaplicación o no de las normas que se consideren contrarias a la Constitución.

4.5. En 2011

Las consultas resueltas por la Corte Constitucional en 2011, corresponden principalmente a los casos planteados en 2010¹³⁸, de manera que son causas que han sido elevada ya en aplicación de la esta LOGJCC. Esto –consideramos- explicaría el hecho que recién a partir de 2011 la Corte Constitucional empieza a dar atención al problema de la “duda razonable y motivada”, aunque con muy poca claridad y consistencia.

¹³⁶ Sentencia 30-10-SCN-CC, caso 56-10-CN, 2 de diciembre de 2010, Corte Constitucional del Ecuador.

¹³⁷ Sentencia 006-10-SCN-CC, caso 0039-09-CN, 25 de marzo de 2010. Sentencia 005-10-SCN-CC, caso 04-10-CN, 25 de marzo de 2010, Corte Constitucional del Ecuador.

¹³⁸ Como se indicó previamente el tiempo promedio que transcurre entre la presentación de la consulta y la decisión de la Corte es de 13,5 meses.

De manera general en este período, la Corte Constitucional se refiere a la Consulta de Constitucionalidad como una garantía que incorpora dos mecanismos; en un primer momento defiende la supremacía de la Constitución, en tanto permite identificar y extraer del sistema jurídico las normas que violen sus principios y valores; y en un segundo momento, al precautelar la seguridad jurídica y la aplicación de normas que tengan plena eficacia jurídica, haciendo efectivo el mandato del artículo 82 de la Constitución, según el cual "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes",¹³⁹

Con sustento en el principio de seguridad jurídica, señala la Corte Constitucional, la consulta de constitucionalidad asegura la aplicación de disposiciones normativas constitucionalmente eficaces, garantizando la aplicación de normas previas y claras concomitantes al “espíritu garantista de la Constitución”.¹⁴⁰

Aunque las consultas son planteadas aludiendo una “duda” de la constitucionalidad de la norma consultada, la Corte llega a mencionar en ciertos casos, que identifica contradicciones en las causas. Dice la Corte, “además que el juez consultante señala tener una duda respecto de la constitucionalidad de la norma elevada a consulta, el mismo indica además que la norma es “incontrovertiblemente inconstitucional”¹⁴¹. A pesar de tal “incongruencia”, dice la Corte “... en consideración a que el mecanismo constitucional de consulta de constitucionalidad no posee formalidades rígidas para su formulación ante la Corte Constitucional, más que la duda planteada respecto de la aplicación de determinada norma legal se encuentre debidamente fundamentada” pero además “...cuando se presenten estas situaciones, no puede dejar de pronunciarse sobre el fondo del problema jurídico evidenciado en el proceso, (...) en virtud de que los jueces constitucionales tienen el deber de adecuar las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, conforme lo prevé el

¹³⁹ Sentencia 10-11-SCN-CC, casos acumulados 001-11-CN y 002-11-CN, 16 de noviembre de 2011, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Sentencia 016-11-SCN-CC, caso 0037-09-CN, 15 de diciembre de 2011, Corte Constitucional del Ecuador.

numeral 7 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴²,”

Así también establece la Corte que “la consulta constitucional es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, para dilucidar y esclarecer si la aplicación de una norma jurídica en un caso concreto, puede o no vulnerar normas constitucionales.”¹⁴³

Por otra parte, y sosteniendo el criterio ya mencionado sobre el control integral, la Corte Constitucional plantea los problemas jurídicos respecto de las consultas planteadas de una forma muy amplia, formulando por ejemplo “Los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ¿son contrarios a la Constitución de la República?, ¿El artículo 50 de la Ley de Modernización del Estado, ¿es contrario a la Constitución de la República?”¹⁴⁴

Casi al finalizar el primer semestre de 2011, la Corte Constitucional empieza a dilucidar el problema que se suscita entre la LOGJCC y la Constitución, con respecto a la tarea de los jueces a la hora de elevar las consultas. Para ello la Corte señala que durante el conocimiento de las causas, los jueces deberán: *i)* identificar la norma aplicable al caso concreto; *ii)* establecer si su aplicación resuelve el asunto; y, *iii)* establecer si la norma a aplicarse para resolver el caso no contraría disposiciones constitucionales o del bloque de constitucionalidad.¹⁴⁵

En este ejercicio, indica la Corte, el juzgador puede encontrarse ante tres situaciones:

1. Cuenta con la certeza que la norma no contraría la Constitución o el bloque de constitucionalidad, en cuyo caso, aplica la norma y resuelve el asunto.
2. Cuenta con la seguridad que la norma contraría la Constitución o el bloque de constitucionalidad, en cuyo caso opera la aplicación directa de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad.

¹⁴² Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: 4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.

¹⁴³ Sentencia 001-11-SCN-CC, caso 094-10-CN, 1 de noviembre de 2011, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁴⁴ Sentencia 007-11-SCN-CC, caso 0086-10-CN, 31 de mayo de 2011, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁴⁵ Sentencia 009-11-SCN-CC, caso 0019-11-CN, 16 de noviembre de 2011, Corte Constitucional del Ecuador.

3. No cuenta con la certeza, ni con la seguridad antes referidas, con lo cual se genera la duda de si la norma mediante la cual se resuelve el caso, "...contraría o no la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución", en cuyo caso, procede la consulta de constitucionalidad"

No obstante esta primera afirmación, luego la Corte indicará que "si no [se] cuenta con la certeza y seguridad acerca de la constitucionalidad de la norma que ha determinado es aplicable para resolver el caso, procede la suspensión de la tramitación de la causa para que la Corte Constitucional dilucide dicha duda" conforme a los artículos 429 inciso primero¹⁴⁶ y 436 numeral 1¹⁴⁷ de la Constitución.

Este criterio planteado por la Corte si bien da paso en la delimitación de los requisitos para la consulta de constitucionalidad, el mismo incurre en contradicciones. Por una parte la Corte da a entender que la consulta procedería cuando se tiene duda de la constitucionalidad, y por lo tanto cuando se tiene certeza de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, lo que procede es la aplicación de la norma o la inaplicación, respectivamente. Pero luego, este primer criterio, que es sentado en una misma sentencia- desdice parcialmente lo anterior y señala que solamente de la falta de certeza de la constitucionalidad de la norma, procede la consulta ante la Corte.

Aún con cierta contradicción la Corte logra sentar un nuevo criterio: No procede la suspensión de la tramitación de la causa para remitir la consulta de constitucionalidad, cuando no se configura la "duda razonable y motivada", sino que en su lugar, "el juzgador determinará que la norma aplicable al caso sea resuelto en sentencia, contando para el efecto con el principio jerárquico de solución de antinomias, contemplado en el artículo 425 inciso segundo de la Constitución, y con el principio de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 426 inciso segundo de la Constitución."

En 2011 destaca que de los 43 casos resueltos por la Corte, 30 corresponden a consultas de constitucionalidad respecto de procesos de garantías jurisdiccionales

¹⁴⁶ Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

¹⁴⁷ Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le fiern la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

(habeas data, acción de protección, medidas cautelares), de allí que la Corte haya sentado el criterio según el cual “la consulta de constitucionalidad no se encuentra limitada únicamente para los procesos de la jurisdicción ordinaria, sino también a todas y cada una de las acciones de las garantías jurisdiccionales...”

4.6. En 2012

Para el año 2012, la Corte sostiene varios criterios ya desarrollados con anterioridad. La tesis del cambio de modelo jurídico entre 1998 y 2008, por un lado, y la idea de los tres escenarios que se pueden presentar a un juez a la hora de resolver un caso.¹⁴⁸ Este segundo criterio sin embargo, añade que el artículo 428 de la Constitución incluye 2 condiciones:

a) La obligación de los jueces de aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad de desarrollo normativo; y,

b) Únicamente en caso de duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, un juez puede suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la Corte Constitucional.¹⁴⁹

En este orden de ideas la Corte será enfática en señalar que **la duda razonable y motivada', es el elemento primordial del control constitucional concreto.**¹⁵⁰ Y con ello, frente a que aún existen muchas consultas que son planteadas sin la suficiente motivación de la inconstitucionalidad de la norma, “no procede la suspensión de la tramitación de la causa para remitir la consulta de constitucionalidad, cuando no se configura la **duda razonable y motivada** ' de índole constitucional, esto es, cuando no se evidencia en el caso concreto que el juzgador ha determinado si la norma es aplicable para resolver el asunto, y si de esa aplicación resolutoria deviene un efecto inconstitucional.”

¹⁴⁸ Sentencia 013-12-SCN-CC, caso 028-11-CN, 15 de febrero de 2012, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁴⁹ Sentencia 002-12-SCN-CC, caso 0037-11-CN, 5 de enero de 2012, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁵⁰ Sentencia 010-12-SCN-CC, caso 0042-11-CN, 19 de enero de 2012, Corte Constitucional del Ecuador.

4.7. En 2013, los tres “presupuestos” de admisibilidad.

El año 2013 reúne el 30% de los casos resueltos por la Corte Constitucional entre 2008 y 2015, 67 casos resueltos en 47 sentencias, es decir el año de mayores pronunciamientos en consultas de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, pero además un año con un promedio de demora en resolver de 16,4 meses, el más alto de lo que iba de tiempo, es decir entre 2008 y 2013. Es de nuestra opinión que debido a este contexto procesal que el 2013 es el año en el cual la Corte inicia sentando oficialmente criterios estables para respecto de la consulta de constitucionalidad, como abordaremos a continuación.

Si bien la Corte aclaró en fallos anteriores que el sistema de control de constitucionalidad en el Ecuador, ya no es difuso, sino que a partir de 2008 con la aprobación de la Constitución de Montecristi prima un sistema de control de constitucionalidad concentrado; recién en febrero de 2013 mediante la sentencia 001-13-SCN-CC, la Corte dejó claro y de manera expresa la prohibición de los jueces de inaplicar normas legales en las causa en las que se encuentren en su conocimiento¹⁵¹. Sobre esto el fallo señala:

Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.¹⁵²

Hasta aquí, la Corte aclara la prohibición de los jueces de inaplicar normas legales ante la certeza de que una norma es contraria a la Constitución, de suerte que, tanto la certeza, cuanto la duda de la inconstitucionalidad¹⁵³ de la norma deben devenir obligatoriamente en una Consulta a la Corte Constitucional, y nunca –ni aún ante certeza- se debe inaplicar una norma legal. Así se refiere cuando indica “Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso

¹⁵¹ No obstante, en la Sentencia N° 55-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010, caso CRATEL-Teleamazonas, la Corte Constitucional dará un pronunciamiento semejante (prohibición de inaplicar normas legales), sin embargo cabe tomar en cuenta que tal decisión se produce con ocasión de una Acción Extraordinaria de Protección frente a una decisión de garantías jurisdiccionales (Acción de protección) en el cual consideramos, el debate del Principio de Aplicación directa de la Constitución, constituye un análisis en otros términos.

¹⁵² Sentencia 001-13-SCN-CC, caso 0535-12-CN, 13 de Febrero de 2013, Corte Constitucional del Ecuador.

¹⁵³ Sin olvidar la precisión hecha con anterioridad respecto de lo contradictorio que resulta que la norma legal señale que la consulta provenga de la duda de la inconstitucionalidad, cuando se parte del principio *pro legislatore*, y por lo tanto de la presunción de constitucionalidad.

jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional”¹⁵⁴, con lo cual la Corte Constitucional genera un primer acierto por intentar dar orden a un instituto procesal que es escasamente regulado en el ordenamiento jurídico (4 artículos solamente).

Establecida la prohibición de inaplicación de normas legales por parte de jueces ordinarios, la Corte Constitucional establece a partir de esta sentencia, 3 asuntos más que consideramos relevantes mencionar y que las hemos integrado en cierto orden a fin de lograr mayor claridad y sistematicidad.

Sobre el ejercicio argumentativo previo

Para que una consulta de constitucionalidad sea motivada como lo señala la LOGJCC, dice la Corte, supone que ésta “...deba [ser] plantea[da] bajo los parámetros establecidos en el artículo 76, numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República”¹⁵⁵; es decir –dice la Corte–, “debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme del enunciado normativo a la luz de lo dispuesto en la Constitución. Debe justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto.”

En la segunda mitad del 2013, la Corte emite la sentencia 008-13-SCN-CC¹⁵⁶, la misma que, sobre este mismo punto precisa que:

¹⁵⁴ Sentencia N° 001-13-SCN-CC, *ibíd.*

¹⁵⁵ Art. 76, literal 1).- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación sin en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹⁵⁶ Sentencia 008-013-SCN-CC, mediante la Gaceta Constitucional N° 2, en el registro oficial s/n del 13 de agosto de 2012. La sentencia resuelve la constitucionalidad de los artículos 168 y 178 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, reformada mediante Ley s/n publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 415 del 29 de marzo de 2011.

Art. 168 Si al tiempo de convocarse la audiencia oral y pública de juzgamiento, el procesado estuviere prófugo o no compareciere a la misma en más de dos ocasiones, el juez de garantías penales ordenará se practique las diligencias que establece el Código de Procedimiento Penal. Esta audiencia se realizará con la presencia del defensor del procesado y de no comparecer este, se la realizará con la presencia del defensor público, quien será convocado para esta audiencia, dándole el tiempo necesario para que prepare la defensa correspondiente y se pueda garantizar los derechos del procesado. En lo demás y para el desarrollo de la audiencia oral y pública de juzgamiento se seguirá las normas del Código de Procedimiento Penal que fueren aplicables.

Art. 178. “La sentencia dictada por el juez o la resolución emitida por la autoridad competente no será susceptible de recurso alguno y obligatoriamente será notificada a los organismos de tránsito correspondiente de la jurisdicción...”

...previo a realizar la consulta de constitucionalidad de una norma, debe preceder una tarea hermenéutica de parte del juez consultante que permita, tras un proceso de argumentación jurídica, verificar que las normas aplicables al caso concreto adolecen de vicios de inconstitucionalidad y es por ese motivo que requiere consultar a la Corte Constitucional para que este órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la duda originada; es decir, que al realizar la consulta, el juez debe justificar de manera razonada y suficiente que ninguna interpretación posible de la norma le ha permitido establecer que aquella cumple con los principios y reglas constitucionales, y que al advertir que la norma eventualmente contraría la Constitución debe suspender el proceso jurisdiccional para que la Corte determine la constitucionalidad en cuestión.¹⁵⁷

De esta manera, la Corte Constitucional establece que el ejercicio argumentativo previo supone que el juez ha procurado elaborar previo a la consulta, una interpretación conforme a la Constitución de la disposición legal y que a pesar de ello, le ha resultado imposible formular o identificar una interpretación constitucional aplicable al caso concreto.

Sobre la duda razonable y el Principio de Aplicación Directa

En cuanto a la “duda razonable y motivada” mencionada en la LOGJCC, la Corte parte por señalar que “no hay certeza sobre su alcance” por lo que le corresponde dar contenido a la norma a fin de evitar “dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumpl[a]n con los requisitos legales y constitucionales” (sic). Esto le llevará a fijar –lo que denominará– “presupuestos” para considerar una

¹⁵⁷ Sentencia 008-13-SCN-CC, 19 de Marzo de 2013. Aunque no sea materia de nuestro análisis aquí, cabe mencionar que tanto la Constitución cuanto la propia Corte refieren que el control de constitucionalidad que conduce una consulta de constitucionalidad por parte de un juez, es no solo de una verificación ley-Constitución, sino además de una verificación ley-instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los establecidos en la Constitución. Sobre este punto cabe toda una investigación mucho más amplia, pero consideramos que esta sería una vía –quizá– idónea para viabilizar el control de convencionalidad en manos de los jueces ordinarios en un país como el nuestro en donde el control de constitucionalidad no es difuso, más cuando esto ha merecido toda una discusión en la doctrina no solo Constitucional, sino en una tensión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a propósito de las secuenciales sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos desde los casos Barrios Altos vs. Perú, Almonacid Arellano vs Chile, Trabajadores Cesados del Congreso vs. Pero, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Gelman vs. Uruguay, etc.

consulta “adecuadamente motivada”. Los mismos que, serán verificados por la Sala de Admisión.

Posteriormente en la sentencia 008-13-SCN-CC, la Corte afina más su criterio con respecto a la “duda razonable” estableciendo que:

La “duda razonable” que señala la ley como causa de la consulta de constitucionalidad, debe ser interpretada sistemáticamente con los principios de aplicación directa de la Constitución. El control de constitucionalidad surge entonces de la imposibilidad que tienen los jueces para establecer dentro de la sustanciación de un proceso una interpretación constitucional de la disposición normativa pertinente, es decir, cuando el juez, en razón de los efectos de irradiación de la Constitución, no ha logrado adaptar la disposición normativa pertinente a los principios y reglas constitucionales.¹⁵⁸

Aunque no queda del todo claro, la Corte establece una conexión entre la duda razonable y el principio de aplicación directa de la Constitución, en el sentido de que agotados los intentos por elaborar una interpretación conforme, corresponde entonces a todo juez plantear la consulta de constitucionalidad.

Los presupuestos de admisibilidad

En la sentencia 001-13-SCN-CC, la Corte fijó 3 presupuestos que corresponderán a la Sala de Admisión verificar previamente a toda causa para admitir a trámite toda consulta. Añade que “...mientras no se cumplan con estos presupuestos los jueces no pueden elevar una consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional y *deberán seguir sustanciando el proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso o para decidir la cuestión*”

Tales presupuestos son:

- i. *Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta:*

Señala la Corte que para dar cumplimiento a este “presupuesto” “los jueces deben identificar con *claridad absoluta*” los preceptos normativos que consideran inconstitucionales. Y agrega que, consecuencia del incumplimiento de esto, “no caben

¹⁵⁸ Gaceta Constitucional N°2, Registro Oficial de 19 de Marzo de 2013.

consultas propuestas sobre interpretaciones infra constitucionales que se realicen en el caso concreto, que no denoten un problema de relevancia constitucional.”

ii. *Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos:*

Indica la Corte que se debe identificar qué principios o reglas constitucionales se presumen infringidos. A partir de esto, los jueces deben indicar, a más de las disposiciones normativas aplicables al proceso, “las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes al proceso”, es decir “la forma, circunstancias y justificación por las cuales dichos enunciados contradicen la Constitución”.

iii. *Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto:*

La Corte señala que el juez debe indicar las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para la decisión de caso *sub judice*, lo cual implica establecer “cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de la decisión” y agrega que ellos será “en consideración a la naturaleza misma del proceso y momento procesal en que se presenta dicha consulta”, por lo tanto, “un juez no puede elevar una consulta de constitucionalidad tan pronto sea presentada una demanda, sino [que debe] sustanciar dicho proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión.”

Con respecto a este presupuesto, consideramos pertinente mencionar lo establecido por la Corte Constitucional en el caso referente a la Tabla de Pensiones Alimenticias.¹⁵⁹ Según lo establece la sentencia, este requisito o presupuesto incluye una doble obligación (aunque la Corte se refiere como implicancia) ambas complementarias. Una primera es de orden procesal y se refiere al momento en que se haya la causa que se suspende. Se trata que será relevante la norma que sirva en la etapa procesal en la cual se plantea la consulta, no antes ni después. Y, la segunda obligación es de carácter sustantivo, y tiene que ver con que la aplicación de la norma es

¹⁵⁹ Sentencia 048-13-SCN-CC, caso 0179-12-CN y Acumulados, 4 de septiembre de 2013, Corte Constitucional del Ecuador.

imprescindible para adoptar la resolución que se requiere, es decir, que la hipótesis – dice la Corte-, de la norma se ajusta a los hechos sobre los que versará la decisión.

4.8. En 2014¹⁶⁰

Para el 2014 la carga procesal de la Corte Constitucional descenderá profundamente al 4%. Con 19 casos en 12 sentencias la Sala de Admisión profundiza su actuación ante las consultas de constitucionalidad generando a nuestro criterio dos efectos. Luego de 2010¹⁶¹, el 2014 será el año en donde se evidencie el porcentaje más alto de normas declaradas inconstitucionales respecto del total de las causas resueltas. Pero además, 2010 da lugar a un promedio de 32,1 meses que la Corte tarda en resolver. A partir de estas evidencias empíricas se podría formular la siguiente hipótesis susceptible de refutación: la actuación de la Sala de Admisión ante las consultas de constitucionalidad han dado como resultado un retardo mayor en la resolución de las causas, pero también una selección precisa de casos que ameritan un pronunciamiento de la Corte Constitucional.¹⁶²

Un asunto nuevo que se evidencia en este año, es en lo relativo a las consultas planteadas por las partes procesales. La Corte tuvo conocimiento de algunos casos en los cuales, luego de dictadas las reglas de la sentencia 001-13-SCN-CC, los jueces elevaban consultas sin ninguna motivación más que la simple referencia a los artículos 428 de la Constitución y 142 de la LOGJCC cuando la consulta era promovida por una de las partes del proceso. Debido a ello, la Corte Constitucional estableció que en ejercicio del principio *iuranovit curia*, y para garantizar la tutela judicial efectiva, las juezas y jueces que en la sustanciación de una causa, reciban a petición de parte 'una solicitud de consulta de norma para ante la Corte Constitucional, están en la obligación de analizar el contenido de dicho pedido, y solo luego de verificar la existencia de una duda razonable y motivada respecto a la inconstitucionalidad de una norma, remitir en consulta el Expediente a la Corte Constitucional, conforme los parámetros previstos en

¹⁶⁰ No se incluye en esta sección el análisis de los criterios sentados por la Corte Constitucional en 2015 debido a que es una muestra fragmentada que solo llega a mayo de 2015, pero también porque en los 5 meses no se evidencia algún cambio sustancial respecto de 2014. No obstante en el análisis estadístico este año sí ha sido incorporado.

¹⁶¹ En el año 2010 el 26% de las consultas condujeron a declaratorias de inconstitucionalidad, frente a un 52% de normas declaradas constitucionales.

¹⁶² Debido a que esta investigación no se ocupó de la revisión de los autos de admisión, entre otros por las dificultades en el acceso a estos a través de la página de la Corte Constitucional, la hipótesis anterior requeriría de su revisión y análisis detallado.

los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y reglas interpretativas dictadas por la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013.¹⁶³

¹⁶³ sentencia 002-14-SCN-CC, caso 0022-14-CN, 15 de enero de 2014, Corte Constitucional del Ecuador.

CONCLUSIONES

El trabajo que aquí se presenta se planteó como objetivo principal, analizar la tensión existente entre el principio de aplicación directa de la Constitución y la consulta de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A partir de un pluralismo metodológico¹⁶⁴ investigamos de manera complementaria la normativa vigente y su aplicación por parte de los jueces constitucionales y jueces ordinarios, siendo de mayor atención éste último. Revisado que ha sido el tema, podemos enunciar las siguientes conclusiones.

- I. La aprobación de la Constitución de Montecristi, trajo consigo cambios importantes en materia de control constitucional, particularmente en lo que a la consulta de constitucionalidad tiene que ver; cambios que a su vez no son aun totalmente comprendidos entre los jueces ordinarios e incluso en la Corte Constitucional.
- II. Uno de los factores que influyen en la falta de claridad en el rol que juega el juez en el control de constitucionalidad, son, por un lado, el reducido desarrollo normativo de los contenidos constitucionales que obligan a los jueces a consultar a la Corte Constitucional, y, por otro lado, la contradicción que introduce la LOGJCC frente a la Constitución. Situación que como se analizó, ha sido quizá el factor desencadenante en esta situación.
- III. Si bien, desde 2008 a 2015 se puede evidenciar un avance significativo en la comprensión del nuevo rol que cumplen los jueces ordinarios ante el control constitucional, pero además estos siete años transcurridos han dado cuenta de fuertes conflictos entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. La primera en su intento por establecer límites y pautas más o menos claras a la actividad del juez, y los segundos, por mantener o retomar el rol que cumplían en el sistema implantado desde 1998.
- IV. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido también, un factor desencadenante en esta falta de claridad en las instancias judiciales, particularmente debido a los avances y retrocesos que los criterios sentados, han

¹⁶⁴ Jorge Alberto González Galván, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*, primera reimpresión a la segunda edición, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

sufrido. Sin con ello desconocer que varios asuntos han sido esclarecidos vía jurisprudencia constitucional, como la prohibición de inaplicación de normas legales por parte de los jueces ordinarios.

- V. Existen sin embargo asuntos respecto de los cuales el principal órgano de control constitucional tiene una deuda pendiente. La duda *razonable y motivada*, contenida en la ley, el proceso interpretativo previo a la consulta, son quizá los de mayor necesidad en este momento.
- VI. Junto a los factores normativos y jurisprudenciales, existe un factor que asimismo se ha mostrado carente en esta investigación. El conocimiento y la preparación de los operadores de justicia en materia constitucional ha sido estudiado no solo en la fase de encuestas y entrevistas (al observar por ejemplo criterios contradictorios de solución), sino también en la revisión jurisprudencial. La investigación muestra falta de conocimiento de los operadores de justicia en materia constitucional, lo cual no significa que la justicia ordinaria no deba formar parte del control constitucional, pues ello significaría restarle valor a la fuerza normativa de la Constitución. Lo que consideramos es que hace falta un diálogo más directo entre la Corte Constitucional y la justicia ordinaria.
- VII. El cambio de modelo constitucional, ha sentado un puente de diálogo entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, con el propósito de hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución, en el sentido de que la Norma Fundamental se irradie en todas las instancias de poder, particularmente en aquellas en donde se discuten derechos. No obstante, tras siete años de funcionamiento de la Corte Constitucional, desde el análisis jurisprudencial no se puede ubicar un diálogo de jueces, sino una tensión constante entre estos.
- VIII. La Corte Constitucional viabilizó la Sala de Admisión como instancia procedimental que permita desechar aquellas consultas que no cumplieran con los requisitos mínimos de admisión contenidos en la sentencia 001-13-SCN-CC. Esto, no hace sino generar un impedimento al diálogo entre estos. Aunque en términos de carga procesal, la Sala de Admisión en las consultas de constitucionalidad ha venido a generar un filtro favorable para la Corte; del lado de la justicia ordinaria los conflictos por la aplicación de normas -eventualmente- contrarias a la Constitución no desaparece, de modo que se ha generado un efecto contrario. Los jueces prefieren solamente no acudir a la Corte Constitucional y resolver en sus propias instancias el conflicto

constitucional, sin embargo, tomando en cuenta el rezago que se mantiene del sistema difuso de 1998, el panorama no es favorable.

- IX. En varias sentencias la Corte Constitucional ha hecho llamados de atención a los jueces consultantes, principalmente por no dar cumplimiento a los presupuestos de la sentencia 001—13-SCN-CC, pero también lo ha hecho cuando, estando la sentencia de la Corte Constitucional pendiente de resolverse, los jueces consultantes han seguido con los trámites de las causas. Si bien la Corte cuenta con suficiente autoridad para conminar a toda autoridad que vulnere la Constitución, no es menos cierto también que la propia Corte ha sido la primera en incumplir los mandatos constitucionales al tardar 13,5 meses promedio en resolver las causas, cuando la Constitución establece 45 días para ello.
- X. Una práctica dialógica entre jueces, no solo que favorecen a la normatividad de la Constitución y con ello la protección de los derechos, sino que además fortalece la institucionalidad de la función judicial y la Corte Constitucional.
- XI. Desde un aspecto más teórico, esta investigación ha permitido asimismo analizar además la necesidad de concebir una nueva tipología de análisis de los sistemas de control constitucional, que tome en cuenta la dinámica convergente de los modelos clásicos. No se plantea un abandono o desconocimiento de los sistemas clásicos, sino una toma de conciencia de las nuevas facultades asumidas por los órganos de control constitucional, como lo es en nuestro caso la cuestión de constitucionalidad, que como se ha señalado insistentemente, propone un diálogo entre órganos.
- XII. En lo que al principio de aplicación directa tiene que ver, es importante la comprensión del mismo de manera sistemática con los demás mandatos constitucionales. No se puede desconocer que este principio aboga por fortalecer la idea de Constitución como norma, pero así también, su declaración no debe suponer el desconocimiento del propio principio de seguridad jurídica y de legalidad.
- XIII. Es de gran importancia que la apelación al principio de aplicación directa de la Constitución tome en cuenta el escenario normativo en el cual se presenta. No es igual las circunstancias de un vacío legal, frente a un supuesto de colisión entre una norma infra constitucional frente a una constitucional.
- XIV. La concepción que tengan tanto la justicia constitucional cuanto la justicia ordinaria, respecto de la crítica contramayoritaria que sobre estos pesa en

materia de control constitucional, sin duda que influye en la identificación que éstos puedan tener sobre el rol que cumplen en el espacio democrático. A favor o en contra del control constitucional, los jueces deben tomar conciencia del papel que ocupan en la toma de decisiones, particularmente cuando lo que se discute es la vigencia o no de una norma aprobada por un órgano con mayor legitimidad democrática que la de aquellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXYY Robert, *El concepto y la validez del derecho*, (Barcelona, Gedisa, 2006).
- _____ “¿Derechos Humanos sin metafísica?”, en *Sobre la Teoría de los derechos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 30.
- ANDRADE, Santiago, y otros, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2009).
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia* (Madrid, Tecnos, 1989).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- BENAVIDES ORDOÑEZ, Jorge, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordoñez, coord. (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013).
- BLASCO SOTO, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad* (Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1995)
- BORJA Y BORJA, Ramiro, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, t. II. (Quito, Cultura Hispánica, 1979).
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracias*, (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996)
- COPI, Irving, *Introducción a la Lógica*, (Buenos Aires, EUDEBA, 1952).
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, (Barcelona, Ariel, 1987).
- DUNN, John, *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C. – 1993)*, Jordi Fibla (trad.) (España, Tusquets, 1995)
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia del Sistema Americano y Kelseniano Europeo* (México, UNAM, 2004).
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Enfoques sobre el mundo del Derecho. Constitución y derechos fundamentales, en Fundamentos Constitucionales* (Buenos Aires, Ediar, 2013).

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana (Lima, Marsol, 1998).
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, (Buenos Aires, Siglo XXI, 2014).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica, y el Tribunal Constitucional*, (Madrid, Civitas, 1982).
- GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo 1, (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009)
- _____ *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, (Buenos Aires, Paidós, s/a)
- GRIJALVA, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito, Corte Constitucional para el período de Transición, 2012).
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano.”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, (Madrid, Trotta, 2003).
- GUIBOURG, Ricardo, *La Construcción del pensamiento. Decisiones Metodológicas*, (Buenos Aires, Colihue, 2006).
- GUIBOURG, Ricardo, y otros, *Introducción al conocimiento científico*, (Buenos Aires, Eudeba, 2003)
- HABERLE, Peter Haberle, “La constitución como cultura”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nro. 6, (Madrid, 2002).
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), (México, UNAM, 2001).
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil* (Buenos Aires, Aguilar, 1955).
- LASALLE, Fernando, *Qué es una Constitución*, (Madrid, Cénit, 1931).
- MAIER, Julio, “El orden jurídico”, en *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, T.I (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004)
- MONTAÑA PINTO, Juan, *Apuntes de Derecho Constitucional*, Tomo 3, (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2012).
- MONTAÑA PINTO, Juan, y PORRAS VELASCO, Angélica, *Apuntes de Derecho Constitucional*, Tomo 2, (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011).

- MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar (trad.), (España, Gedisa, 2000).
- MULHALL, Stephen y SWIFT Adam, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, (Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1996.)
- PIZZORUSSO, Alessandro, “La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto”. Fundamentos N° 4, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional (España, 2006)
- PORRAS VELASCO, Angélica, ROMERO LARCO, Johanna, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Tomos I, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012).
- PORRAS VELASCO, Angélica, ROMERO LARCO, Johanna, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Tomos II, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012).
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Madrid, Trotta, 2007).
- RIBAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad* (Madrid, Civitas, 1991).
- SALGADO, Hernán, “El control de constitucionalidad en la Carta política del Ecuador”, en *Una mirada a los tribunales constitucionales*, AA.VV. (Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995).
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, (España, Gedisa, 2000)
- TORRES, José María, *Los Derechos del hombre* (Buenos Aires, Eudeba, 1989).
- TORRES, Luis Fernando, *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*, (Quito, Edipuce, 1987).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La justicia constitucional* (Bolonía, Il Mulino, 1977).
- TRUJILLO, Julio César, *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013).
- ZAVALA EGAS, Jorge, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional: A propósito de un caso de actividad judicial, La declaración patrimonial*, (Quito, s/d, 2009).
- ZÚÑIGA URGINA, Francisco, “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”.

Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales,
(Chile, Universidad de Talca, 2004)

Normativa.

- Constituciones Ecuatoriana de 1830
- Constituciones Ecuatoriana de 1835
- Constituciones Ecuatoriana de 1843
- Constituciones Ecuatoriana de 1845
- Constituciones Ecuatoriana de 1851
- Constituciones Ecuatoriana de 1852
- Constituciones Ecuatoriana de 1861
- Constituciones Ecuatoriana de 1869
- Constituciones Ecuatoriana de 1878
- Constituciones Ecuatoriana de 1884
- Constituciones Ecuatoriana de 1897
- Constituciones Ecuatoriana de 1906
- Constituciones Ecuatoriana de 1928
- Constituciones Ecuatoriana de 1945
- Constituciones Ecuatoriana de 1967
- Constituciones Ecuatoriana de 1978
- Constituciones Ecuatoriana de 1998
- Constituciones Ecuatoriana de 2008
- Ley de Control Constitucional, 1998.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Páginas Web institucionales

www.corteconstitucional.gob.ec.

ANEXOS

Análisis estadístico de las encuestas

La encuesta elaborada incluía doce preguntas distribuidas en cuatro secciones, de las cuales cinco eran de opción múltiple y las siete restantes abiertas. Las preguntas contenidas en la encuesta constan en la siguiente tabla.

Tabla 1.
Preguntas

| Sección | Pregunta |
|----------------------------|---|
| Información General | Cargo |
| | Ciudad |
| | Materia |
| | Instancia |
| Indagatoria | Pregunta 2. Si un juez se encuentra en un proceso ante una norma que considera contraria a la Constitución, ¿qué debe hacer? |
| | Pregunta 3. ¿Qué argumento utilizaría para fundamentar su respuesta anterior? |
| Actuación del Juez | Pregunta 4. ¿Alguna vez ha inaplicado una norma legal por considerarla contraria a la Constitución? |
| | Pregunta 5. Si su respuesta es SI, explique brevemente el caso. Si su respuesta es NO, pase a la pregunta 7. |
| | Pregunta 6. Indique ¿cuál fue el fundamento para su decisión? |
| | Pregunta 7. ¿Ha consultado a la Corte Constitucional una norma que consideró contraria a la Constitución? |
| | Pregunta 8. Si su respuesta es SI, explique brevemente el caso. Si su respuesta es NO, pase a la pregunta 12. |
| | Pregunta 9. Indique ¿cuál fue el fundamento para su decisión? |
| | Pregunta 10. ¿Qué decidió la Corte Constitucional a su consulta? |
| | Pregunta 11. Si su respuesta es “RECHAZÓ”, indique cómo resolvió el caso. |

| | |
|----------------------|--|
| Conocimientos | Pregunta 12. ¿Cuándo se consulta a la Corte Constitucional? |
|----------------------|--|

Fuente: elaboración propia. Preguntas extraídas de encuestas.

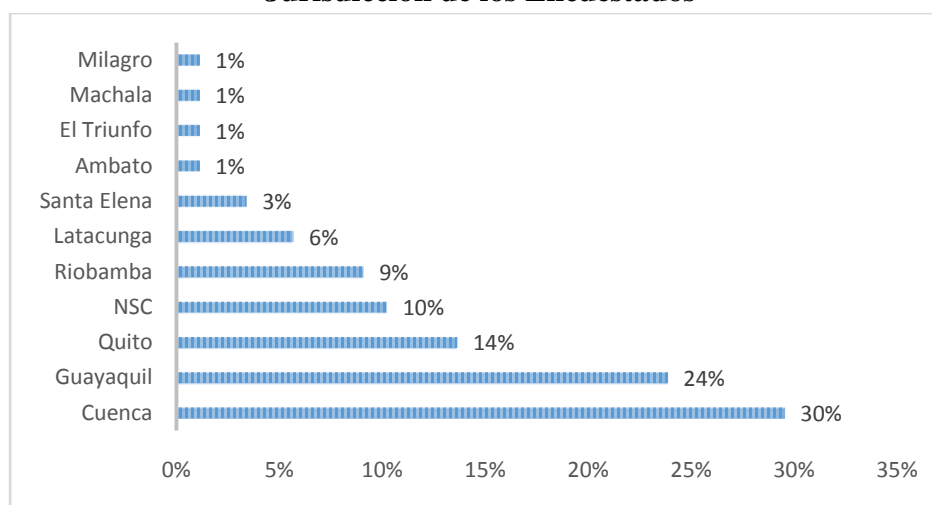
Primera sección. Información General

La primera sección recaba en primer lugar la información general sobre el funcionario judicial, de forma aislada: cargo, ciudad, materia e instancia. A través de estos indicadores, se evaluaron dos aspectos. Por una parte, la heterogeneidad del universo de estudio, y luego, si la concepción de control constitucional en el país podría estar vinculada a estas variables.

En segundo lugar se establecieron las siguientes relaciones: Ciudad-Pregunta 2; Materia-Pregunta2; Instancia-Pregunta 2. Se excluyó la variable “cargo” debido a la elevada representación que el cargo de Juez ocupa en la evaluación, 89%. El 11% restante de esta variable la representan los demás cargos (Secretario, Ayudante, Otros) por lo que consideramos que una relación con estos porcentajes no sería una representación que permita elaborar alguna hipótesis. No obstante, este dato si nos permite afirmar que las conclusiones aquí esbozadas son atribuibles a los jueces.

Ciudad.

Gráfico 1
Jurisdicción de los Encuestados



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Como se observa del Gráfico 1, la representación por ciudad no es proporcional entre ellas, lo cual responde a las circunstancias en las cuales se desarrolló la encuesta, pues no fue un proceso selectivo, sino que se buscó más que nada un estudio que incluya la mayor diversidad posible. Esto sin embargo no descartó que la mayor concentración de encuestados sea precisamente en las tres ciudades principales del país (Quito 14%, Guayaquil 24% y Cuenca 30%) sitios en donde además se llevaron a cabo las entrevistas.

Para evaluar esta variable, no se tomaron en cuenta las ciudades en las cuales la representación era mínima (1%) por no ser representativas en lo que interesa aquí resaltar. Como se puede apreciar de la tabla que sigue (Tabla 2), se excluyeron las siguientes ciudades: El Triunfo, Machala, Ambato y Milagro por representar el 1% cada una.

En la relación Ciudad-Pregunta 2, “*Si un juez se encuentra en un proceso, ante una norma que considera contraria a la Constitución, ¿qué debe hacer?*”, se puede observar que en todas ellas prevalece la opción “Consulta”. En un análisis más detallado se encuentra que en Quito y Riobamba están más fragmentadas las posturas con respecto a la pregunta 1,64% a 36% en Quito, y 63% a 38% en Riobamba. En Cuenca y Latacunga por otro lado, se mantiene la diferencia pero la misma muestra también un predominio por la “CONSULTA”. Un 88% a 12% en Cuenca, y 80% a 20% en Latacunga. En cuanto a Guayaquil y Santa Elena existe una postura formada, el 100% de los encuestados considera que se debe consultar a la Corte Constitucional.

Tabla 2

Porcentaje de aplicación e inaplicación por jurisdicción

| Ciudad | Con sulta | Inaplic a |
|---------------|----------------------|----------------------|
| Cuenca | 88% | 12% |
| Guayaquil | 100% | 0% |
| Quito | 64% | 36% |
| Riobamba | 63% | 38% |
| Latacunga | 80% | 20% |
| Santa Elena | 100% | 0% |

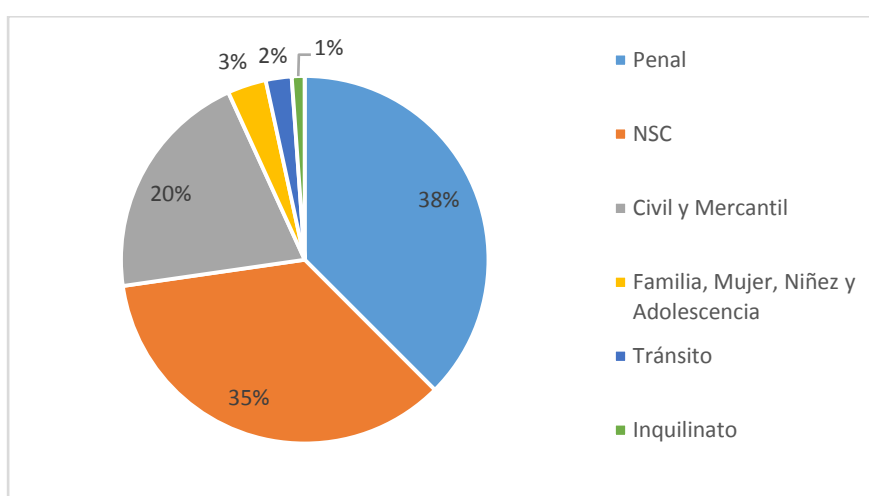
Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Materia

Como se puede observar en el Gráfico 2, los encuestados son jueces o profesionales judiciales que tienen a su cargo judicaturas de diversas materias, siendo predominante lo Penal (38%) y Civil (20%). Cabe mencionar que en este gráfico no se ha excluido el dato “NSC”¹⁶⁵ por el porcentaje que este representa (35%), pero debido a que es un dato de falta de información, no consideramos oportuno un análisis más extenso sobre este.

Gráfico 2

Consulta según materia



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

De la siguiente tabla (Tabla 3) se observa que en materia Civil y Mercantil (83% a 17%), y, Penal (88% a 13%) existe una tendencia mayor hacia la consulta de constitucionalidad, y en Tránsito la tendencia es absoluta (100%). En Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia por el contrario, si bien existe una tendencia mayor hacia la consulta (67%), hay también un porcentaje relevante por la inaplicación (33%), que es además la más elevada en relación con las demás materias.¹⁶⁶

Tabla 3

Aplicación e inaplicación por materia

| Materia | Co | Inap |
|---------|----|------|
|---------|----|------|

¹⁶⁵ “No sabe no contesta” NSC

¹⁶⁶ En este análisis se excluyó la materia de Inquilinato por existir solamente un encuestado, y resulta metodológicamente inconveniente su consideración en esta sección.

| | nsulta | lica |
|--------------------------------------|----------|------|
| Civil y Mercantil | 83 % | 17% |
| Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia | 67 % | 33% |
| Penal | 88 % | 13% |
| Tránsito | 10 0% | 0% |

Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

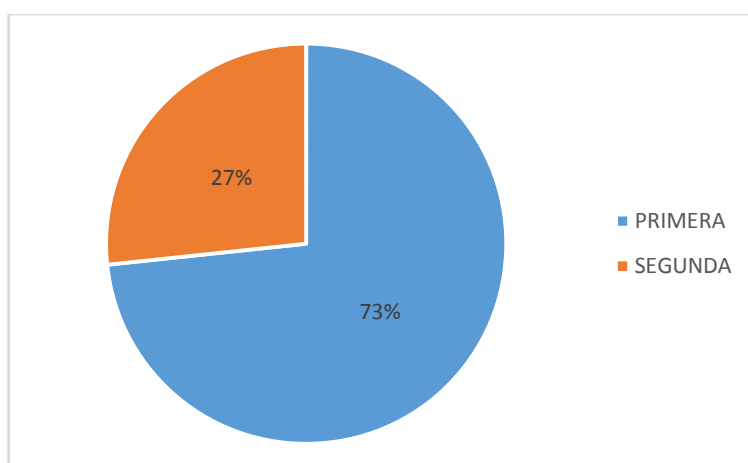
Instancia.

En la variable instancia, igualmente, no hay una representación proporcional entre ellas, lo cual obedece también, a que la encuesta no hizo una selección previa, sino que se procuró incorporar jueces de ambas instancias para evaluar el tema aquí planteado. Esto sin embargo no impide una evaluación comparativa estos datos.

No se debe olvidar que este dato (al igual que de Ciudad) representa de alguna forma la integración de la función judicial, en donde la primera instancia es siempre mayoritaria. En este caso la primera instancia representa el 73% de los encuestados, frente a un 27% de la segunda instancia.

Gráfico 3

Aplicación-inaplicación por instancia



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Del cruce de datos, entre instancia, y la pregunta 2, se observa un actuar semejante de los jueces. Predomina en ambas instancias la consulta (84% en Primera

Instancia y 88% en Segunda Instancia) frente a la inaplicación (16% en Primera Instancia y 13% en Segunda Instancia). Aunque la diferencia entre ambas es solo de un 3%, es en Segunda Instancia donde la tendencia a consultar es mayor.

Tabla 4

Aplicación e inaplicación por instancia

| Instancia | Consulta | Inaplica |
|-----------|----------|----------|
| Primera | 84% | 16% |
| Segunda | 88% | 13% |

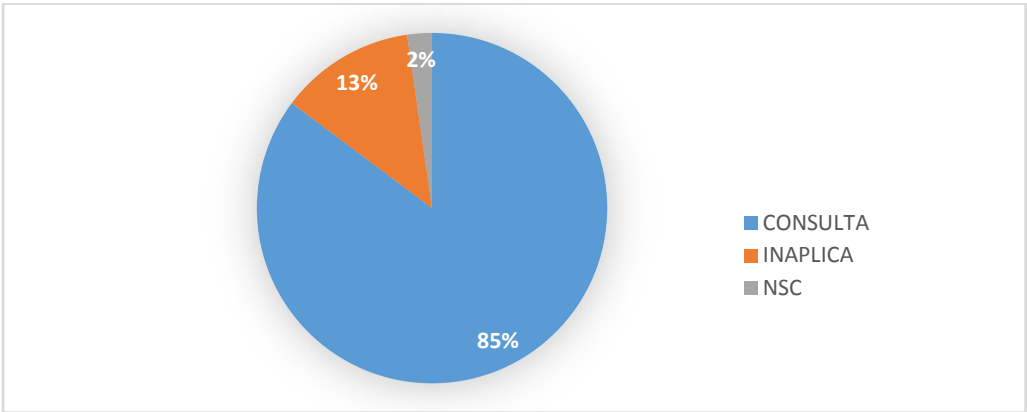
Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Sección Segunda. Indagatoria

Esta sección está compuesta por una sola pregunta. Pregunta 2. *Si un juez se encuentra en un proceso, ante una norma que considera contraria a la Constitución, ¿qué debe hacer?*, y donde las opciones eran “consulta” e “inaplica”. El propósito de esta pregunta, fue formular un planteamiento hipotético a los encuestados a fin de evaluar en éstos la coherencia con las preguntas directas (Pregunta 12). Del análisis aislado de la pregunta se observa que el 85% de los encuestados consideran que corresponde elevar la consulta a la Corte, y el 13% consideraba que se debe inaplicar la norma.¹⁶⁷

Gráfico 4

Pregunta 2. Si un juez se encuentra en un proceso ante una norma que considera contraria a la Constitución, ¿qué debe hacer?



¹⁶⁷ El 2% restante no contestó.

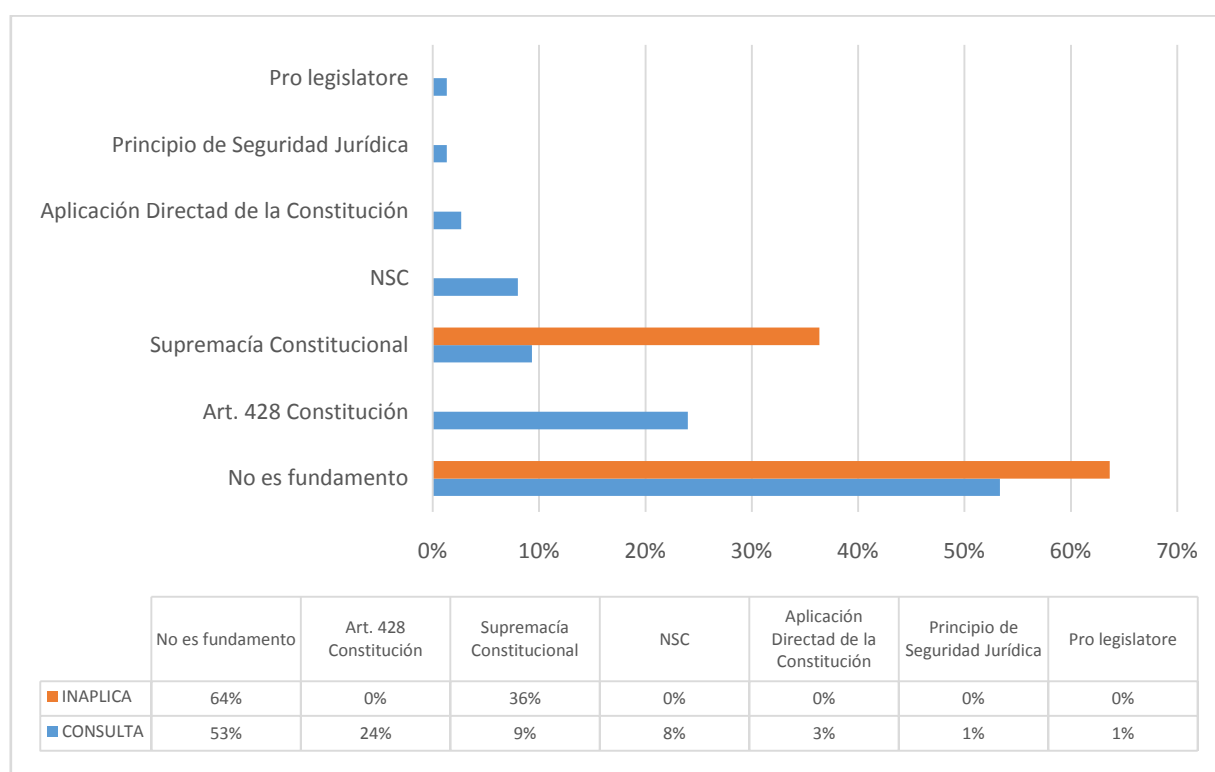
Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Si bien estos resultados parecieran indicar que no existe un problema mayor en el asunto de la Consulta de Constitucionalidad y que la mayor parte de jueces identifican el cambio incorporado en la Constitución de 2008, cuando se cotejó esta pregunta con las siguientes (Preguntas 3, 4 y 5) se encontraron cuestiones llamativas que mencionamos ahora.

Pregunta 2 – Pregunta 3. Los fundamentos.

Gráfico 5

Preguntas 2 y 3: Fundamentos para consultar/inaplicar



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

El Gráfico 6 resulta llamativo en varios aspectos. Uno de ellos es el alto índice de lo que aquí se ha denominado “No es fundamento”. Se trata de argumentos circulares en la medida que para fundamentar la pregunta planteada (Pregunta 2), se acude a un fundamento inserto en la propia pregunta. A saber, la pregunta 2 plantea “*Si un juez se encuentra en un proceso ante una norma que considera contraria a la Constitución, ¿qué debe hacer?*”, y la pregunta 3 añade “*¿Qué argumento utilizaría para fundamentar su respuesta anterior?*” Una respuesta que exprese que el fundamento para consultar o inaplicar una norma que considere contraria a la Constitución, es “*porque la norma es*

contraria a la Constitución” es una respuesta que incurre en una falacia *Petitioprincipii* o *Petición de Principios*, es decir que, dentro de la conclusión se encuentra la propia premisa (en este caso la pregunta), o como lo menciona Copi, cuando “alguien toma como premisa de su razonamiento, la misma conclusión que pretende probar.”¹⁶⁸

Así también, se integraron respuestas que –consideramos- incurren en una *falacia de ambigüedad*, por su apelación a conceptos tan abstractos que podría deducirse de ellos cualquier situación. Dentro de éstos se encuentran respuestas como las siguientes:

- “Porque se pasa del estado de legalidad al estado constitucional de derechos y justicia”
- “Porque soy un juez garantista”
- “Por el análisis histórico de la norma”

Se observa además que, aunque con diferencias (36% a 9%), el principio de Supremacía de la Constitución, constituye fundamento de ambas respuestas, es decir, tanto para consultar, cuanto para inaplicar. El principio de Aplicación directa por otro lado, fue un principio mencionado en un 3% para fundamentar la consulta, y no como se pudiera pensar, para la inaplicación.

Sección Tercera. Actuación del juez

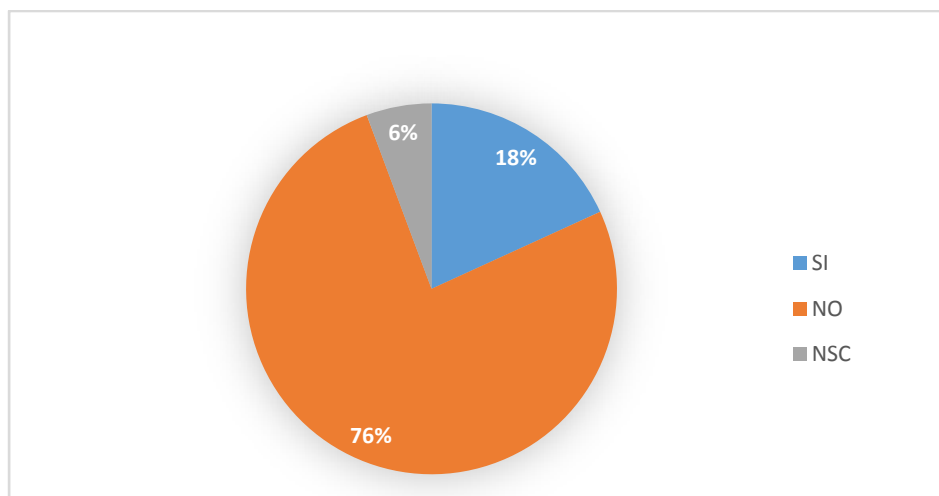
Esta sección que incluye 8 preguntas (Preguntas 4 a 11), consultó sobre la experiencia de los encuestados frente a las dos opciones planteadas en la pregunta 2 (inaplicar- consultar), y se añadieron preguntas solicitando una explicación del caso, y los fundamentos para su actuar.

En un análisis aislado de las preguntas 4 *¿Ha inaplicado alguna norma legal, por considerarla contraria a la Constitución?* y Pregunta 7 *¿Ha elevado una consulta a la Corte Constitucional, por considerar una norma contraria a la Constitución?*, se observa lo siguiente.

Gráfico 6

¹⁶⁸ Irving Copi, *Introducción a la Lógica*, (Buenos Aires, EUDEBA, 1952), 94. En términos lógicos es posible admitir que también, que a más de una falacia de Petición de Principio, se incurre en una tautología, en la expresión $p \supset p$.

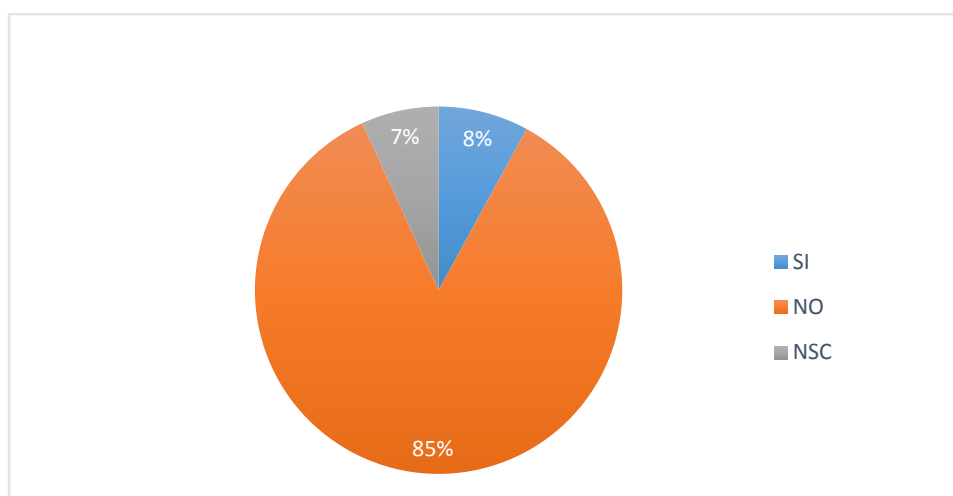
Pregunta 4. ¿Alguna vez ha inaplicado una norma legal por considerarla contraria a la Constitución?



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Gráfico 7

Pregunta 7. ¿Ha consultado a la Corte Constitucional una norma que consideró contraria a la Constitución?



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

En los gráficos 7 y 8, se encuentra en ambas preguntas un predominio por el NO (76% inaplicación, 85% consulta), lo cual indica en términos generales un escaso ejercicio del Control de Constitucionalidad en la justicia ordinaria¹⁶⁹. No obstante esto, la pregunta 4 muestra que el SI es mucho mayor al de la pregunta 8 (18% a 8%) lo cual

¹⁶⁹ Esta afirmación sin embargo no es concluyente pues convendría para ello corroborarlo con el número de causas ingresadas en la Corte Constitucional.

indicaría que han existido más casos en los cuales los jueces han inaplicado que consultado al órgano de control constitucional.

Cabe mencionar que si bien en la pregunta 4 se aclaró a los encuestados que la misma no hacía referencia a casos anteriores al 2008 (dado que inaplicar antes de esta fecha era totalmente factible) no se puede afirmar con absoluta certeza que en efecto se siguió la consigna de no referirse a casos previos a 2008. No obstante, aunque se encuentren incluidos aquí casos del 98-2008, la cifra sigue siendo elevada, pues son 16 casos de un universo de 88, frente a los 7 casos (el 8%) de la pregunta 7. En definitiva, son el doble de casos en los cuales los jueces inaplican antes que consultar. Pero además, es un dato que claramente contradice a los resultados expulsados de la Pregunta 2, en la cual los encuestados afirmaron ampliamente en que corresponde Consultar y no inaplicar.

Si pretendiéramos formular una hipótesis al respecto, se podría pensar que sucede lo siguiente. Los jueces conocen que en efecto corresponde consultar a la Corte Constitucional cuando consideran una norma contraria a la Constitución, no obstante en la práctica los mismos prefieren resolver el caso inaplicando (aún si lo hicieran interpretando la norma en cuestión). Esta sin embargo es una hipótesis pues no poseemos datos que nos permitan afirmarlo con mayor certeza.

Existe un dato que también resulta necesario traerlo a colación, por considerarlo un indicio de contradicción en las respuestas de los encuestados. Se trata de los casos en los cuales, a las preguntas 4 y 7, los encuestados responden simultáneamente SI. Es decir, son aquellos casos en los cuales un mismo juez ha consultado e inaplicado en casos distintos, lo cual indica que no maneja un criterio uniforme para resolver. Si bien son solo 4 los casos en los que esto sucede, es decir el 5% del universo de análisis, su referencia no es menor pues mantiene la idea que aquí se indaga en cuanto a que el asunto del control de constitucionalidad en el ámbito de la función judicial suscita problemas.

Preguntas 4, 5 y 6. Inaplicación: Casos y fundamentos.

En esta sección evaluamos únicamente aquellos casos en los cuales los encuestados confirman haber inaplicado una norma legal por considerarlas contrarias a la Constitución, y en ellos, las normas y los argumentos utilizados. Para procesar esta

información (normas y argumentos) se convirtieron los relatos del caso en la variable “NORMA” y los argumentos en la variable “TIPO DE ARGUMENTO” a fin de facilitar el procesamiento de datos.

En la tabla que sigue (Tabla 4) se puede apreciar las normas que han sido inaplicadas por los funcionarios judiciales por considerarlas contrarias a la Constitución, observándose un predominio de la materia penal.

Tabla 5
Leyes Inaplicadas

| Ley | Cantidad |
|---|----------|
| Ley de Armas y Explosivos | 5 |
| Código Civil | 2 |
| Código de Procedimiento Penal | 2 |
| Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas | 2 |
| Código de Procedimiento Civil | 1 |
| Código Penal | 1 |
| Ley de Tránsito | 1 |
| Reglamento Administrativo | 1 |

Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

En cuanto a los argumentos utilizados como fundamento a la inaplicación de normas se encuentran los siguientes:

Tabla 6
Fundamentos para inaplicar normas

| Principio | Porcentaje |
|-----------------------------------|------------|
| Principio <i>In dubio pro reo</i> | 25 % |
| Debido Proceso | 19 % |
| Principio de proporcionalidad | 13 % |
| No es fundamento | 13 % |
| Principio Presunción de | 13 |

| | |
|------------------------|----|
| Inocencia | % |
| Normas internacionales | 8% |
| NSC | 8% |

Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Dado que la materia penal es predominante en esta pregunta, los argumentos a su vez son concordantes con ello, así los Principios in dubio pro reo, de inocencia, de debido proceso y proporcionalidad ocupan los primeros lugares. Nuevamente se observan argumentos que no se podrían considerar suficientemente sólidos para sustentar que una norma sea contraria a la Constitución. Así, el 18% (2 casos) de los encuestados que indican haber inaplicado una norma legal por contrariar la Constitución fundamenta su actuación en: “la norma era contraria a la Constitución”, “porque las normas legales no pueden restringir el ejercicio de los derechos constitucionales”. Igualmente consideramos que se tratan de argumentos que incurren en falacias *petitioprincipii*, por incorporar en la conclusión la premisa.

Este 18% además coincide con el porcentaje de encuestados que respondieron simultáneamente con un SI la pregunta 7, esto es, de los que consideramos hay un indicio de contradicción.

Pregunta 7 a 11. Consulta: casos, fundamentos y decisión de la Corte.

Esta parte de la encuesta está dividida en 3 sub-secciones. La primera que tiene que ver con la experiencia del juez, es decir, si se ha consultado o no a la Corte Constitucional. Este punto fue analizado en un acápite anterior (2.4., Gráfico 8) de donde se concluyó que el 8% respondió haber consultado a la Corte Constitucional, el 85% no ha consultado y un 7% no contestó. La segunda sub-sección, que indaga este 8% que contestó afirmativamente, buscó analizar los hechos o normas respecto de los cuales se plantearon las consultas a la Corte Constitucional y los argumentos utilizados para cuestionar la constitucionalidad de la norma. La sub-sección tercera finalmente tenía como propósito conocer la decisión adoptada por la Corte Constitucional respecto de la pregunta planteada, así como, la actuación de los jueces ante el rechazo de la Corte, solamente nos encontramos con 2 casos en esta situación , pero que representan el 28% del universo de análisis, pero no por ello menos importantes.

Preguntas 8 y 9. Normas y Argumentos.

En aquellos casos en los cuales los encuestados contestaron afirmativamente a la pregunta 7 *¿Ha consultado a la Corte Constitucional una norma que consideró contraria a la Constitución?*, se identificaron las siguientes normas que fueron objeto de consulta.

Tabla 7

Normas que se elevaron a consulta

| Norma | C antidad |
|---|--------------|
| Ley de Sustancias estupefacientes y psicotrópicas | 2 |
| NSC | 2 |
| Código Civil | 1 |
| Código Procedimiento Penal | 1 |
| Justicia Indígena | 1 |

Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Los resultados muestran que nuevamente el ámbito penal es el más representativo, siguiéndole el ámbito civil

En cuanto al análisis de los argumentos que sirvieron de fundamento para plantear la consulta de la norma, se encuentra que el 29% de los casos fundamenta la consulta a la Corte Constitucional fue por una violación del Principio de Proporcionalidad, esto va ligado a un dato anterior respecto de la norma que ha sido consultada mayormente, la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Los jueces que han consultado con base al principio de proporcionalidad lo han hecho respecto de esta norma en lo concerniente a la relación delito-sanción. Pero además, otro 29% de los casos se repiten falacias *petitioprincipii*, como “por ser contrario a la Constitución”. Y el 43% más representativo de los casos son los casos en los cuales no se respondió a la pregunta.

Tabla 8

Argumentos para plantear la consulta

| | |
|-------------------------------|----|
| NSC | 3% |
| Principio de Proporcionalidad | |

| | |
|------------------|----|
| | 9% |
| No es fundamento | 9% |

Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas

Preguntas 10 y 11. Decisión de la Corte y actuación ante el rechazo.

En el siguiente cuadro (Gráfico 9), respecto de la Pregunta 10 *¿Qué decidió la Corte Constitucional a su consulta?*, demuestra que el 43% de las consultas elevadas a la Corte Constitucional no reciben respuesta. Por supuesto que este dato puede indicar dos supuestos, *i)* que la Corte se encuentra tramitando la consulta dentro del plazo previsto (45 días Art. 428 Constitución) o, *ii)* que la Corte Constitucional ha superado el plazo previsto, violando con ello la Constitución.¹⁷⁰

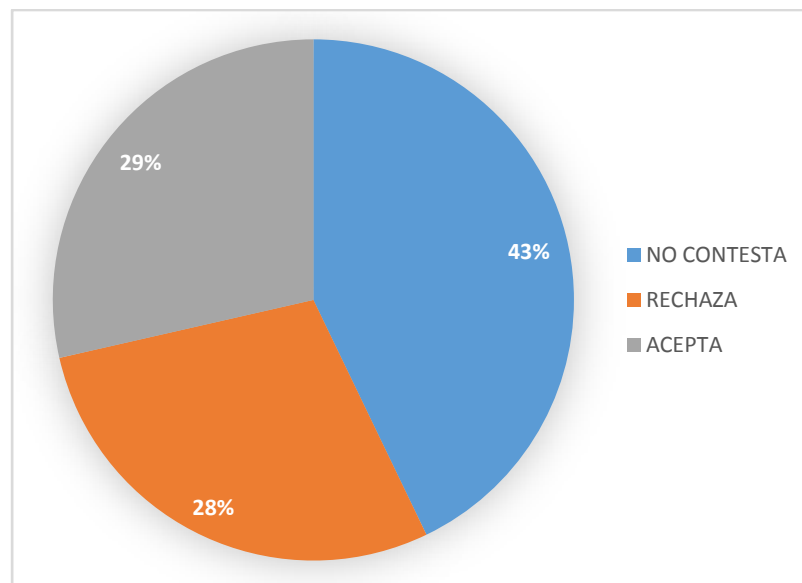
En el 29% de los casos de este universo de análisis, la Corte Constitucional aceptó la consulta, y en el 28% las rechaza.

Gráfico 8

Pregunta 10. Decisión de la Corte

¹⁷⁰ Como parte de una investigación aparte, se constató que entre 2008-2012, los plazos establecidos por la Constitución para la Consulta de Constitucionalidad no son cumplidos. Se identificó un tiempo promedio 4 meses. Fuente: investigación personal como complemento para la obra “Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana, Tomos I y II, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

Conviene en este punto mencionar además que en las discusiones mantenidas con los encuestados durante el curso de capacitación, lo mismos indicaron enfáticamente su preocupación por la consultas no resueltas por la Corte Constitucional dentro de los plazos, siendo mayor la preocupación cuando se tratan de causas penales en las cuales existen personas privadas de la libertad de por medio, cuyo plazo de prisión preventiva sigue transcurriendo mientras tanto. Varios jueces mencionaron la imposibilidad de continuar la causa conforme lo indica la Constitución (Art. 428) dado que los expedientes se encuentran en la Corte.



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas.

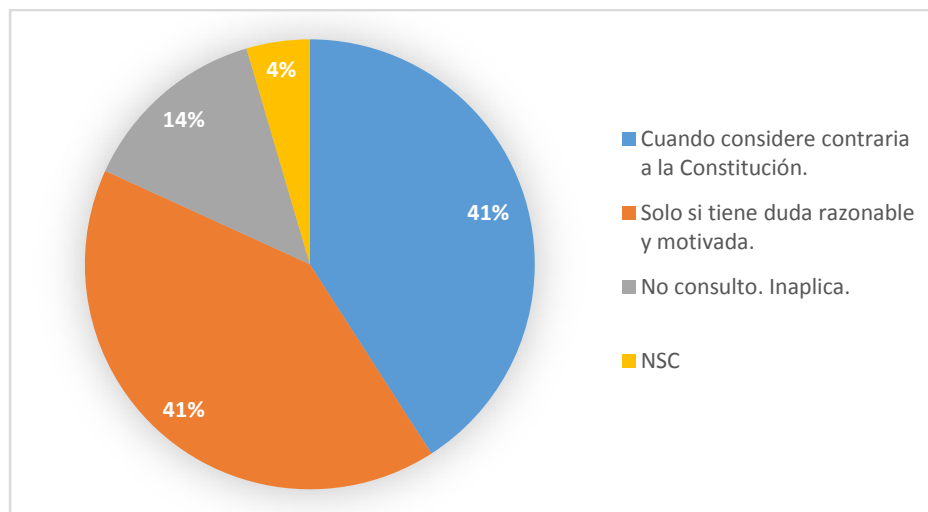
Con la Pregunta 11 se pretendió conocer cómo procedían los jueces frente al rechazo de la Corte Constitucional, es decir cuando la norma consultada no es declarada inconstitucional. En el 28% de los casos rechazados por la Corte Constitucional, los encuestados (2 casos) responden a la Pregunta 11 “*Si su respuesta es “RECHAZÓ”, indique cómo resolvió el caso.*” Indicaron que “Se envían las consultas a los jueces” y “se aplica la regla sentada por la Corte Constitucional”.

Sección Cuarta. Conocimientos

En esta última sección, la encuesta buscaba ubicar una línea de coherencia en el encuestado, e introducir el punto contenido en la LOGJCC (Art. 142) sobre la “duda razonable y motivada”. La Pregunta 2 era –como se indicó- una pregunta hipotética, las preguntas 4 y 7 directas, pues acudía a la experiencia del juez, de manera que no fueron incorporadas para evaluar los conocimientos de los jueces, es decir, lo correcto e incorrecto de su respuesta; en tanto que la pregunta 12 sí se la formuló para medir los conocimientos, así, se preguntó “*¿Cuándo se consulta a la Corte Constitucional?*”, en donde las opciones fueron: “*No consulto. Inaplico*”, “*Cuando considere contraria a la Constitución*”, “*Solo si se tiene duda razonable y motivada que la norma es contraria a la Constitución*”, se encuentra lo siguiente:

Gráfico 9

Pregunta 12. ¿Cuándo se consulta a la Corte?



Fuente: Elaboración propia a partir análisis de encuestas.

De los 88 encuestados, 12 (14%) opinan que no se debe consultar sino inaplicar una norma legal cuando considere que la misma es contraria a la Constitución; 36 encuestados (41%) consideran que la consulta es *solo si se tiene duda razonable y motivada*, y otros 36 encuestados (41%) opinan que la consulta es solamente cuando *consideren contraria a la Constitución*. De este gráfico, se podría concluir que un 82% de los encuestados encuentran una diferencia entre el sistema de control de 1998 y el de 2008, y solo un 14% no; sin embargo, en un análisis más detallado, ese 82% está igualmente dividido en las condiciones para consultar, bien cuando *considere* contraria a la Constitución (41%), o *solo si se tiene duda razonable y motivada* (41%). Además, en la revisión caso a caso, los jueces muestran contradicciones a sus respuestas, como ya se mencionó.

Finalmente, en una comparación del gráfico 9 (Pregunta 12) y el gráfico 4 (Pregunta 2), se encuentra un criterio uniforme en las opciones consultar o inaplicar. La pregunta 2 mostró un 85% a 13% y la Pregunta 12 un 82% a 14%. La diferencia más importante se encuentra entonces en la exigencia de la LOGJCC sobre la consulta en condiciones de “duda razonable y motivada”.

Conclusiones.

Procurando una evaluación final de los datos emanados de la investigación en los jueces únicamente, se podría mencionar algunas particularidades .

- a) Aunque en mayor proporción los jueces indican preferir la vía de la consulta como mecanismo de respuesta ante los casos que consideren una norma

contraria a la Constitución, las razones que los motiva son de por sí contradictorias o insuficientes.

- b) Hay una primera evidencia en que los jueces no identifican la distinción entre el modelo de la Constitución de 1998 y la de 2008, o en caso de sí hacerlo, no tienen claro las características del nuevo modelo de control constitucional y su rol en el mismo.
- c) Se encontraron contradicciones a la hora de responder sobre un caso hipotético y casos efectivamente resueltos, es decir, jueces que respondieron por la vía de la consulta cuando se trata de un caso hipotético, y por la vía de la inaplicación cuando se preguntó por los casos sometidos a su conocimiento. Esto permitiría plantear la posible idea de que si bien los jueces consideran que la vía de la Consulta es la adecuada, en la práctica, por distintas razones, prefieren inaplicar normas legales.
- d) Aunque los datos indican que los jueces consideran la Consulta como la vía para resolver las contradicciones de las normas legales con la Constitución, la mayor división en las respuestas de los encuestados y entrevistados se hacen evidente a la hora de plantear las condiciones de tal consulta, ante una duda razonable y motivada o la simple consideración; es decir, la dificultad se genera a partir de la norma contenida en la LOGJCC.
- e) La bibliografía desarrollada sobre el tema no es lo suficientemente clarificadora sobre los puntos de mayor dificultad, o en su defecto son confusas.
- f) Las entrevistas a los académicos muestra, aunque con mayor profundidad, la misma confrontación que se encuentra entre los jueces.